RAPPORT AU CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE
DÉPOSÉ PAR LE COMITÉ D'ENQUÊTE
NOMMÉ CONFORMÉMENT AUX DISPOSITIONS DU PARAGRAPHE 63(1)
DE LA *LOI SUR LES JUGES*
À LA SUITE D'UNE DEMANDE DU
PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

AOÛT 1990

RAPPORT DU COMITÉ D'ENQUÊTE

Le comité d'enquête

Le juge en chef Allan McEachern, président
Le juge en chef Guy A. Richard
Le juge en chef James Laycraft
Me Rosalie Abella
Me Daniel Bellemare

Procureurs

Me Harvey Yarosky, procureur du comité d'enquête
Me Edward J. Ratushny, c.r., avocat-conseil

Me Gordon F. Henderson, c.r., Me Ian Binnie, c.r. et Me Ronald Lunau, procureurs de MM. les juges Hart, Jones et Macdonald

Me Edward Greenspan, c.r.
Procureur de l'honorable Leonard Pace

Me Ronald Downie, c.r.
Procureur de l'honorable Ian MacKeigan

Me Anne S. Derrick et Me H. Archibald Kaiser, procureurs de Donald Marshall, Jr.

RAPPORT AU CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE DÉPOSÉ PAR LE COMITÉ D'ENQUÊTE NOMMÉ CONFORMÉMENT AUX DISPOSITIONS DU PARAGRAPHE 63(1) DE LA *LOI SUR LES JUGES* À LA SUITE D'UNE DEMANDE DU PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

SOMMAIRE

Dans une lettre adressée le 9 février 1990 au Conseil canadien de la magistrature, l'honorable Thomas J. McInnis, procureur général de la Nouvelle-Écosse, s'appuyant sur le paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, demandait au Conseil [TRADUCTION] "de faire enquête sur la question de savoir si, compte tenu de la conduite des juges étudiée par la Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, Jr. et sur laquelle elle a fait des commentaires dans son rapport, il y a lieu de révoquer l'honorable Ian M. MacKeigan (ancien juge en chef et aujourd'hui juge surnuméraire), l'honorable Gordon L.S. Hart (juge surnuméraire), l'honorable Malachi C. Jones, l'honorable Angus L. Macdonald et l'honorable Leonard L. Pace, ou l'un ou plusieurs d'entre eux, pour l'un quelconque des motifs exposés aux alinéas 65(2)a) à d) de la *Loi sur les juges* (Canada)."

Par la suite, le 5 avril 1990, le gouverneur en conseil acceptait la démission de l'honorable Leonard L. Pace pour cause de santé.

Le 11 avril 1990, l'honorable Ian M. MacKeigan atteignait l'âge de soixante-quinze ans et cessait d'exercer ses fonctions conformément à l'article 99 de la *Loi*

constitutionnelle de 1867.

Le mandat du Comité d'enquête constitué à la demande du procureur général ne portait désormais que sur la conduite de l'honorable Gordon L.S. Hart, l'honorable Malachi C. Jones, et l'honorable Angus L. Macdonald.

Le comité d'enquête a conclu, à l'unanimité, de ne recommander la révocation d'aucun des trois juges.

Le 27 août 1990

_____
Allan McEachern, président

_____
Guy A. Richard, membre du comité

_____
James H. Laycraft, membre du comité

_____
Rosalie Abella, membre du comité

_____
Daniel Bellemare, membre du comité

RAPPORT DES MEMBRES DU COMITÉ D'ENQUETE RICHARD, JUGE EN CHEF, LAYCRAFT, JUGE EN CHEF, ABELLA et BELLEMARE, AVOCATS

Le mandat de ce comité d'enquête, nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(3) de la *Loi sur les juges*, fait suite à la demande présentée par le procureur général de la Nouvelle-Écosse, en date du 9 février 1990, au Conseil canadien de la magistrature :

> [TRADUCTION] ... de faire enquête sur la question de savoir si, compte tenu de la conduite des juges étudiée par la Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, Jr., et sur laquelle elle a fait des commentaires dans son rapport, il y a lieu de révoquer l'honorable Ian M. MacKeigan (ancien juge en chef et aujourd'hui juge surnuméraire), l'honorable Gordon L.S Hart (juge surnuméraire), l'honorable Malachi C. Jones, l'honorable Angus L. Macdonald, et l'honorable Leonard L. Pace, ou l'un ou plusieurs d'entre eux, pour l'un quelconque des motifs exposés aux alinéas 65(2)a) à d) de la *Loi sur les juges* (Canada).

Le 11 avril 1990, après la formation de notre comité, l'honorable Ian MacKeigan, alors juge surnuméraire et ancien juge en chef de la Nouvelle-Écosse, atteignait l'âge de la retraite obligatoire et cessait d'exercer ses fonctions. Plus tôt, soit le 5 avril 1990, l'honorable Leonard Pace quittait la magistrature pour cause de santé. Ces départs ont été approuvés par arrêtés en conseil déposés devant nous, et identifiés comme pièces 8 et 9. Par conséquent, ce comité n'a aucune compétence pour enquêter sur la conduite de ces deux juges.

La Commission royale qui a enquêté sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, Jr. sera ci-après désignée "la Commission". Les juges faisant l'objet de la présente enquête ont constitué le banc de la Cour d'appel qui, en 1982, a entendu un renvoi relatif à la condamnation de Donald Marshall, Jr., pour meurtre. Nous les désignerons par les mots "le Banc".

En vertu de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature doit enquêter lorsqu'un procureur général d'une province en fait la demande. En conséquence, ce comité a été formé pour déposer auprès du Conseil, après enquête, une recommandation sur la question de savoir si les juges nommés dans la lettre du procureur général devraient être revoqués. Le Conseil canadien de la magistrature a désigné trois de ses membres pour siéger audit comité; le ministre de la Justice du Canada en a complété la composition en nommant les deux membres du barreau.

I LES FAITS

Dans cette partie, nous tenterons de décrire les faits à l'origine de l'affaire et nous les commenterons de façon à mieux faire comprendre leur importance.

1. Au cours d'une altercation survenue en fin de soirée le 28 mai 1971 à Sydney (Nouvelle-Écosse) entre Donald Marshall, Jr. et Sandy Seale et deux hommes qu'ils ne connaissaient pas, M. Seale a reçu des coups de couteau qui ont causé sa mort. À cette époque, M. Marshall et M. Seale étaient tous deux âgés de 17 ans.

2. M. Marshall a été accusé du meurtre de M. Seale. Il a été reconnu coupable par un juge et jury et condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité.

3. Lors du procès, la Couronne a fait entendre des témoins oculaires qui ont affirmé que Donald Marshall, Jr. avait poignardé Sandy Seale le jour en question et elle a, de plus, présenté d'autres éléments de preuve tendant à confirmer ce fait.

Patricia Harriss, alors agée de 14 ans, a déclaré n'avoir vu dans le parc, ce soir là, personne d'autre que Donald Marshall.

Maynard Chant, qui avait 15 ans à l'époque, a aperçu une personne en position courbée dans un buisson. Il a dit avoir vu, sans les entendre, deux autres personnes "qui se disputaient". Selon son témoignage, l'une d'elles a sorti quelque chose de sa poche pour l'enfoncer dans le côté gauche de l'estomac de l'autre. Toujours selon Chant, l'agresseur portait une veste jaune, lui-même s'est sauvé et l'agresseur s'est aussi éloigné en courant. Chant a également déclaré que l'agresseur l'avait rejoint et qu'il l'a alors reconnu comme étant Donald Marshall; ce dernier portait une veste jaune. Au dire du Chant, Donald Marshall avait une coupure au bras et celui-ci lui aurait dit que "son copain était dans le parc, un couteau dans l'estomac".

John Pratico, alors âgé de 16 ans, a déclaré qu'il était accroupi seul dans un buisson, en train de boire de la bière. Il a dit avoir vu Donald Marshall et Sandy Seale, tous deux connus de lui, en train d'argumenter, et que Marshall a retiré sa main de sa poche, brandissant un "objet brillant" qu'il a "enfoncé... dans le ventre de Seale."

Commentaire : Le Banc disposait d'éléments de preuve selon lesquels a) chacun de ces trois témoins avait tout d'abord fait à la police des déclarations qui ne désignaient pas M. Marshall comme étant le meurtrier de M. Seale, b) chacun avait été exhorté par la police à donner un témoignage qui différait de sa déposition originale, c) ces témoignages divergents n'avaient pas été remis à M. Marshall ni à son avocat, d) chacun d'eux s'était parjuré au procès. Tous ces éléments ont entrainé la condamnation de M. Marshall.

4. Donald Marshall a témoigné à son procès. Il avait alors 17 ans et il témoignait à son propre procès pour meurtre dans une langue qui n'était pas le MicMac, sa langue maternelle. Après avoir raconté ses allées et venues au cours de cette soirée-là, il a dit avoir rencontré M. Seale, qu'il connaissait à peine, et avoir marché avec lui dans le parc Wentworth, où ils ont rencontré d'autres personnes. Ils ont alors été "hélés" vers la rue Crescent par deux autres hommes qu'ils ne connaissaient pas. Beaucoup plus tard, après le procès de M. Marshall et sa condamnation, ces deux hommes ont été identifiés comme étant Roy Ebsary et James MacNeil.

Selon M. Marshall, les deux hommes ont demandé et obtenu une cigarette et du feu. Il leur a demandé d'où ils venaient; ils ont répondu venir du Manitoba. Il leur a dit qu'ils ressemblaient à des prêtres, et l'un d'eux, selon Marshall, répondit qu'ils étaient effectivement des prêtres. Ils ont alors demandé s'il y avait des contrebandiers et des femmes dans le parc, et on les a assurés qu'il y en avait. La conversation a alors pris la tournure suivante :

Q. ... Allez-y.
R. Nous ont dit, n'aime pas les nègres ni les Indiens.
M. MacNEIL :
Je n'entends pas le témoin, votre Seigneurie.
LE TÉMOIN :
Nous n'aimons pas les nègres ni les Indiens. A tiré le couteau de sa poche -
M. ROSENBLUM :
Q. De qui s'agit-il?
R. Du type plus âgé.
Q. Qu'a-t-il fait?
R. A tiré le couteau de sa poche.
Q. Oui.
R. L'a enfoncé dans Seale.
Q. Dans quelle partie de Seale?
R. Ici.
Q. Faites-vous référence à son estomac?
R. Ouais.
Q. Oui. Et alors?
R. S'est tourné contre moi, ai levé mon bras gauche et m'a frappé au bras gauche.

5. Le juge de première instance, dans son exposé au jury, a invité celui-ci à prendre soigneusement en considération la sincérité du témoignage de M. Marshall. Puisque ce dernier a été reconnu coupable, il semble que le jury ait accepté la déposition des "témoins oculaires" selon lesquels Marshall avait poignardé Seale, plutôt que le témoignage de Marshall à l'effet que Seale avait été poignardé par l'un des étrangers.

6. Environ dix jours après la condamnation de M. Marshall et avant que l'appel ne soit entendu, James MacNeil s'est rendu auprès de la police à Sydney pour lui dire que M. Ebsary et non M. Marshall avait tué M. Seale. M. MacNeil a été interrogé et sa déposition a été consignée. Bien que M. MacNeil ait donné une version de l'incident qui fut à certains égards différente de celle de M. Marshall, il n'en demeure pas moins qu'à cette occasion et lors de l'audience

du renvoi il a déclaré que c'était M. Ebsary qui avait poignardé M. Seale. Ni M. Marshall ni son procureur n'ont été mis au courant de la déposition que M. MacNeil avait donnée aux policiers, bien qu'un avis d'appel ait été déposé et que l'appel n'ait pas encore été entendu par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse.

Commentaire. Nous avons pris soin en étudiant le rôle du Banc de nous en tenir au dossier dont disposaient les juges. Ils savaient que M. MacNeil s'était rendu auprès de la police et que celle-ci lui avait fait subir un test polygraphique dont les résultats n'avaient pas été concluants. Le Banc ne savait pas, contrairement à la Commission, ce que l'on avait fait de la déposition de MacNeil et il ne connaissait pas l'explication, s'il en est, de l'incroyable omission d'aviser l'avocat de la défense de ce témoignage. La déposition de MacNeil appuyait la version des événements donnée par Marshall en première instance et elle contredisait celle des "témoins oculaires" qui avaient déclaré que seuls Marshall et Seale étaient présents lorsque Seale a été poignardé. Quelle qu'en soit la raison et le responsable, le défaut de dévoiler cet élément de preuve essentiel et à l'avocat de la défense et lors du procès a joué un rôle fondamental dans les événements tragiques qui ont suivi. La révélation de cette déposition aurait sûrement provoqué, pour le moins, la tenue d'un nouveau procès et peut-être éviter cet horrible emprisonnement.

7. Bien qu'une erreur sérieuse ait été commise au procès relativement à la recevabilité de certaines parties importantes du contre-interrogatoire de John Pratico, elle n'a pas été soulevée au cours de l'appel interjeté par M. Marshall. L'appel a été entendu et rejeté par trois juges de la Cour dont aucun n'était

membre du Banc.

8. L'affaire a fait l'objet d'une réouverture en 1982 à la suite de nouveaux renseignements fournis par le procureur de la défense. Comme il existait alors un nombre considérable d'autres éléments de preuve qui reliaient M. Ebsary au meurtre, y compris la découverte de l'arme du crime et de certaines fibres, l'honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice, conformément à l'alinéa 617b) du *Code criminel*, a ordonné un renvoi à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

9. Le renvoi a été entendu par le juge en chef MacKeigan et par les juges d'appel Gordon L.S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et Leonard L. Pace. Le Banc, à l'exception du juge Pace, a accueilli la demande du procureur de M. Marshall et a consenti à entendre de nouveaux témoignages de la part de sept témoins, y compris M. Marshall et M. MacNeil. mais il a, en même temps, rejeté la requête de la Couronne lui demandant d'entendre les dépositions de certains policiers.

10. Avant l'audition du renvoi, M. Marshall a été interrogé par des agents de la police au pénitencier Dorchester le 9 mars 1982. Il a alors donné une déposition signée ("la déposition Dorchester"), dans laquelle il relatait en détail les événements de la soirée du meurtre.

Dans sa déposition, M. Marshall déclara qu'il avait quitté Halifax pour rentrer à Sydney tôt dans la soirée du 28 mai. Il portait une veste jaune qu'il

avait empruntée. Plus tard, il a rencontré M. Seale et lui a proposé de faire un peu d'argent en "bousculant" quelqu'un. M. Seale a accepté et ils sont partis à la recherche de quelqu'un. Ils ont d'abord rencontré Patricia Harriss et son ami, avec qui ils ont causé brièvement, puis deux inconnus, plus tard identifiés comme étant Ebsary et MacNeil, avec lesquels ils ont également conversé. La déposition se continue ainsi :

> [TRADUCTION] Nous avons bavardé de tout, des femmes, de l'alcool, du fait qu'ils étaient des prêtres et nous avons fait allusion au fric. Les deux types ont commencé à s'éloigner et je les ai rappelés. Ils ont alors compris que nous avions l'intention de les voler. J'ai alors colleté le grand gars, alors que Sandy s'est attaqué au petit vieux. Je ne me souviens pas exactement ce qui s'est dit, mais je me rappelle très bien que Ebsary a dit j'ai quelque chose pour toi, et il a alors poignardé Sandy.
> J'ai lâché le type que j'avais saisi et Ebsary s'est lancé vers moi. Il a brandi son couteau dans ma direction, que j'ai détourné de ma main gauche. Le couteau s'est pris dans ma veste et je me suis libéré, j'ai couru et j'ai senti le sang jaillir de la plaie. Je ne puis pas décrire le couteau, et Sandy s'est affaissé et est resté là.
> .....
> Je n'ai absolument pas poignardé Sandy Seale. J'ai vu Ebsary le faire. Lorsqu'on m'a interrogé à ce sujet, je n'ai pas mentionné que Sandy et moi étions à dévaliser ces deux types car j'ai pensé que ça allait m'attirer des ennuis. Je ne l'ai jamais dit à mes avocats ni au tribunal car je craignais de m'attirer encore plus d'ennuis. J'étais tracassé par la mort de Sandy, car c'est moi qui avais eu l'idée de voler ces types. Je connaissais Sandy, mais pas très bien, et c'est bien dommage qu'il soit mort mais je ne l'ai pas tué, c'est Ebsary qui l'a fait. Je suis disposé à subir un test polygraphique pour prouver mon innocence. Je n'ai pas poignardé Sandy. J'ai donné une déposition à la police lorsque cela est arrivé, et une semaine plus tard MacIntyre est venu me chercher. Il ne m'a pas beaucoup questionné, et il a dit que deux témoins disaient que j'avais commis le meurtre et il m'a enfermé.

Commentaire. Au cours de l'audition du renvoi, le procureur de la Couronne a demandé à contre-interroger M. Marshall au sujet de cette déposition. Le procureur de M. Marshall s'y est opposé et les questions relatives à l'incitation et au caractère volontaire de la déposition ont été soulevées, mais le contre-interrogatoire a été permis, et la déposition a été reçue sans *voir-dire*.

Depuis l'arrêt Ervin v. The Queen (1978), 6 C.R. (3d) 97 (C.S.C.), l'état du droit canadien est à l'effet qu'aucune déposition donnée à une personne en autorité ne doit être reçue en preuve sans un *voir-dire* pour en déterminer sa recevabilité. Nous considérons que ce contre-interrogatoire et l'admission de la déposition sans *voir-dire*, constituent une erreur de droit de la part du Banc.

Aucun des procureurs devant nous n'a prétendu qu'une erreur de droit relativement à la recevabilité de la preuve puisse constituer un manquement à l'honneur et à la dignité de la part d'un juge. Me Derrick, procureur de M. Marshall, a plutôt soutenu que le Banc avait manqué à l'honneur et à la dignité en utilisant cette déposition irrecevable après avoir commis l'erreur de l'admettre. À notre avis, une erreur de droit touchant la recevabilité d'un élément de preuve ne saurait devenir un manquement à l'honneur et à la dignité en raison de l'utilisation de cette preuve. L'erreur initiale d'avoir admis la déposition Dorchester n'est pas effacée ni aggravée par son utilisation, laquelle est la conséquence inévitable de son admission. Le tribunal doit soupeser tous les éléments de preuve qu'il a reçus pour en arriver à son verdict. L'utilisation d'éléments de preuve irrecevables est inhérente à l'erreur initiale. Dès lors que la déposition Dorchester fut reçue en preuve, l'erreur fondamentale avait été

commise, et le Banc a agi, comme il fallait s'y attendre, en la prenant en considération.

11. Devant le Banc, M. Marshall a ajouté considérablement au témoignage qu'il avait donné à son procès en 1971. Il a dit qu'il avait rencontré M. Seale dans le parc et qu'il lui avait demandé s'il aimerait faire un peu d'argent. Au procureur qui lui demandait comment il entendait faire cet argent, il a répondu "en le quémandant, en pénétrant dans un magasin par effraction probablement, en le prenant à quelqu'un". Plus tard dans le parc, a-t-il dit, deux hommes leur ont demandé une cigarette et du feu. Ils ont eu avec ces deux hommes une conversation qui a duré de 15 à 20 minutes :

> [TRADUCTION] ... Je me suis présenté à eux. Ils se sont présentés à moi, nous nous sommes serrés la main, puis nous avons simplement causé. Je parlais davantage au type plus âgé tout d'abord quand nous avons fait connaissance. Et je lui ai demandé d'où il était et il--ce qu'il faisait pour gagner sa vie, et puis je lui ai demandé s'il était un prêtre, parce qu'il en avait l'air, selon moi. Il a demandé où étaient les contrebandiers et s'il y avait des femmes dans le parc. Je lui ai répondu oui parce que je connaissais le parc et chaque fois que j'y allais, il y avait des femmes. Et à ce moment, il nous a invités à aller chez lui. Il a pointé le doigt en direction de son domicile et il nous a invités à aller y prendre un verre. Nous avons refusé.
> Q. A-t-il mentionné l'adresse précise de la maison?
> R. Il a désigné une maison du doigt. Il ne m'a jamais donné d'adresse, il a simplement désigné une maison du doigt. Il m'a dit qu'il vivait là.

Commentaire. C'était la première fois que M. Marshall mentionnait que les deux inconnus du parc avaient désigné du doigt la maison où l'un d'eux vivait et les avaient invités à aller y prendre un verre.

On a demandé à M. Marshall d'identifier les différences entre son témoignage devant le Banc et son témoignage au procès en 1971. Voici ce qu'il a répondu :

> R. En 1971, je n'ai jamais mentionné avoir frappé quelqu'un ou avoir volé quelqu'un, ou quelque chose du genre. Je n'en ai pas parlé.
> Q. Pourquoi n'en avez-vous pas parlé?
> R. Le vol n'a pas eu lieu. Il n'y a même pas eu tentative de vol. Il ne s'agissait pas d'un vol et je craignais que d'une façon ou d'une autre, ils pointent le doigt vers moi en disant--d'une façon ou d'une autre ils y seraient arrivés--à mon avis, ils seraient parvenus à me mettre ça sur le dos que je leur en parle ou non.
> Q. À vous mettre quoi sur le dos?
> R. Tentative de vol. Peut-être aussi le meurtre, probablement--le vol aurait probablement eu pour objet de camoufler le meurtre.
> Q. Vous souvenez-vous qui étaient vos procureurs ou vos avocats au procès en 1971?
> R. C.M. Rosenblum et Simon Khattar.
> Q. Et étaient-ils au courant de ce que--à l'époque en 1971, étaient-ils au courant de ce que vous avez dit devant le tribunal aujourd'hui?
> R. Non.

M. Marshall a été longuement contre-interrogé par les procureurs et par le Banc sur la possibilité de la perpétration d'un vol au cours de l'incident. Il a maintenu cependant que, bien que M. Seale et lui aient eu l'intention, si nécessaire, de "bousculer" quelqu'un, ils ne l'avaient pas fait ni tenté de le faire, ajoutant cependant ne pas avoir entendu ce que M. Seale a dit à M. Ebsary avant qu'ils n'en viennent aux mains. Au cours du contre-interrogatoire, Donald Marshall fut confronté avec la déposition Dorchester et on lui a demandé si elle pouvait être tenue pour véridique. Il a répondu "oui". Il a ajouté ce qui suit :

> R. Je ne nie pas avoir été en quête d'argent. C'est ce qui est arrivé, mais pour autant que je sache je n'ai jamais entendu qui que ce soit mentionner le fric quand j'étais avec eux.

12. M. James MacNeil a aussi déposé au cours du renvoi. Il a dit très clairement que M. Ebsary avait tué M. Seale et il a par conséquent exonéré M. Marshall du meurtre. Il a ajouté ce qui suit :

> R. Puis nous sommes montés, et nous sommes montés comme au sommet de la colline. Comme je l'ai dit, nous traversions la rue et nous avons été--ce jeune de couleur et M. Marshall nous ont abordés. À ce moment, je me souviens que M. Marshall a mis ma main derrière mon dos comme ça, hein, et je me souviens avoir comme paniqué parce que je--dans une telle situation vous devenez "embrouillé" ou quelque chose du genre, mais je me souviens que le type de couleur a demandé à Roy Esabary [sic] de lui donner de l'argent. Il a dit quelque chose comme "Fouille dans tes poches, "man", fouille", et il a dit "J'ai quelque chose pour toi" et alors il a--j'ai simplement entendu le gars de couleur crier et tout était, vous savez, comme "embrouillé" et tout le reste et je l'ai vu courir et s'affaisser. Je l'ai vu courir et s'affaisser.

13. Au cours du renvoi, le procureur de la Couronne a renoncé à ses efforts pour faire entendre les policiers, se rendant aux objections du procureur de la défense. Ainsi, le Banc ne connaissait pas toutes les circonstances ayant conduit à la condamnation erronée et à l'emprisonnement illégal de M. Marshall, ni toutes les personnes impliquées dans cette affaire.

Ce qui est arrivé est expliqué à la page 232 des débats devant le Banc. La Couronne avait tout d'abord l'intention de produire, dans le cadre du renvoi, les témoignages de certains policiers, y compris M. MacIntyre qui était mêlé de près à l'enquête reliée à M. Marshall et aux poursuites engagées contre lui. Les affidavits nécessaires pour appuyer la demande visant à faire consigner leurs dépositions avaient été rédigés.

Cependant, après avoir entendu les témoins civils, le procureur de la Couronne a déclaré qu'il "n'était pas nécessaire" d'entendre les policiers, proposant plutôt de faire tronquer leurs affidavits de façon à n'y inclure que les parties relatives à l'interrogatoire des témoins Chant et Harriss. Mais le procureur de M. Marshall s'est opposé à la recevabilité de l'ensemble des témoignages. Il a dit :

> [TRADUCTION] Bien, si comme l'a dit mon savant confrère, cela n'ajouterait rien à la preuve, je ne vois franchement pas pourquoi ces témoignages seraient admis en ce qui concerne les points traités devant le Banc au cours des deux derniers jours.

Le procureur de M. Marshall a aussi répondu à une question que posait le Banc relativement à la recevabilité des affidavits tronqués : "Ouais, je m'oppose à cela car je n'en vois pas la pertinence."

L'un des procureurs ayant affirmé qu'il n'était pas utile d'entendre les témoignages et l'autre ayant fait objection quant à la pertinence des affidavits, le Banc statua qu'il ne les admettrait pas.

14. Après avoir entendu un certain nombre de témoins en plus de Marshall et MacNeil, ainsi que les arguments des procureurs, le Banc rendit une décision motivée dans laquelle il examina la preuve, et conclut ainsi :

> [TRADUCTION] [75] Le témoignage de MacNeil, même s'il n'a malheureusement pas été mis à l'épreuve de façon adéquate par un contre-interrogatoire serré de la part de la Couronne, est clairement un témoignage crédible. Bien que divers membres de ce banc puissent accorder un degré différent de crédibilité à certains aspects du témoignage en question, nous n'avons aucun doute que, compte tenu de toute la preuve qui nous est présentée, aucun jury raisonnable ne pourrait, selon cette preuve, déclarer Donald Marshall, Jr., coupable du meurtre de Sandy Seale. Cette déposition, même si elle n'est pas retenue en bonne partie, jette inévitablement dans l'esprit d'un jury un doute raisonnable à l'égard de la preuve de la culpabilité de l'appelant.
>
> [76] En d'autres mots, les nouveaux éléments de preuve [TRADUCTION] "nous font douter de l'exactitude du jugement au procès". - Voir Re Regina v. Truscott (1967), 1 C.R.N.S. 1 (C.S.C.).
>
> [77] Nous devons conséquemment conclure que le verdict de culpabilité n'est plus appuyé par la preuve, qu'il n'est pas raisonnable, et que nous devons ordonner l'annulation de la condamnation. En pareil cas, il devrait normalement y avoir un nouveau procès conformément à l'alinéa 613(2)b) du *Code criminel*. Cependant, en l'espèce, cela ne servirait aucune fin utile. Comme Pratico et Chant nient avoir vu quoi que ce soit, la preuve existante à ce jour ne pourrait étayer la condamnation de Marshall. Par conséquent, nous devons adopter l'autre solution exposée à l'alinéa 613(2)a) et ordonner que soit prononcé l'acquittement de l'appelant.

15. Par la suite, le banc a ajouté à ses motifs de jugement quelques paragraphes que le juge MacKeigan (à l'époque juge en chef de la Nouvelle-Écosse) a qualifiés d'"opinion" dans sa lettre d'accompagnement au ministre de la

Justice. Ces paragraphes sont libellés comme suit :

> [TRADUCTION] [79] Donald Marshall, Jr., a été déclaré coupable de meurtre et a purgé une longue peine d'incarcération. Cette condamnation est maintenant annulée. Toute erreur judiciaire est cependant plus apparente que réelle.
>
> [80] En tentant de se défendre contre l'accusation de meurtre, M. Marshall a, de son propre aveu, commis un parjure qui peut encore faire l'objet d'accusation.
>
> [81] En mentant, il a contribué à sa propre condamnation. Il a trompé ses avocats et a présenté au jury une version des faits qu'il qualifie maintenant de fausse, une version tellement farfelue qu'il était impossible de la croire.
>
> [82] En préparant un vol avec l'aide de M. Seale, il a déclenché une série d'événements qui se sont malheureusement terminés par la mort de M. Seale.
>
> [83] En cachant les faits à ses procureurs et à la police, M. Marshall a en fait empêché l'élaboration du seul moyen de défense dont il pouvait se prévaloir, à savoir qu'au cours d'un vol Seale a été poignardé par une des victimes visées. Il affirme maintenant qu'il savait à peu près où demeurait l'homme qui a poignardé Seale et qu'il avait une assez bonne description de lui. Si ces renseignements avaient été fournis, la police aurait bien pu découvrir la vérité.
>
> [84] Même lorsqu'on a recueilli les nouveaux éléments de preuve, quoiqu'il ait eu bien peu à perdre et beaucoup à gagner s'il pouvait obtenir un acquittement, M. Marshall a été loin d'être franc à la barre des témoins. Il a continué d'être évasif au sujet du vol et de l'agression et a même refusé de répondre à des questions jusqu'à ce que le Banc lui ordonne de le faire. Il ne peut y avoir de doute que le manque de franchise de Donald Marshall tout au long de cette affaire a contribué dans une large mesure à sa condamnation.

II LA CONSTITUTION DU PRÉSENT COMITÉ D'ENQUÊTE

Le 9 février 1990, le procureur général de la Nouvelle-Écosse écrivait ce qui suit au très honorable Brian Dickson, juge en chef du Canada et président du Conseil canadien de la magistrature :

> [TRADUCTION] Comme vous le savez, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a reçu, le 26 janvier 1990, le Rapport de la Commission Royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, Jr. Une copie du Rapport de sept volumes a été adressée sous pli distinct, et je serai heureux d'en rendre d'autres copies disponibles.
>
> Dans le cadre de ses délibérations, la Commission royale a examiné la conduite des cinq juges de la division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui ont entendu, (conformément à l'alinéa 617d) [aujourd'hui l'article 690] du *Code criminel)*, le renvoi relatif à la condamnation de Donald Marshall, Jr. et qui ont statué à cet égard. Les cinq juges qui ont entendu le renvoi sont :
>
> L'honorable Ian M. MacKeigan
> L'honorable Gordon L.S. Hart
> L'honorable Malachi C. Jones
> L'honorable Angus L. Macdonald
> L'honorable Leonard L. Pace
>
> La décision relative au renvoi est répertoriée comme suit : R. v Marshall (1983), 57 N.S.R. (2d) 286.
>
> On trouvera aux pages 113 à 127 du volume premier du rapport de la Commission royale les commentaires de cette dernière sur la mise en place du renvoi et sur la décision à laquelle il a donné lieu. Les conclusions relatives à la décision concernant le renvoi sont publiées à la page 116 du rapport; les commissaires se sont exprimés comme suit :
>
> Nous concluons que :
>
> 1. La Cour d'appel a fait une erreur grave et fondamentale lorsqu'elle a conclu que Donald Marshall, Jr., devait être blâmé pour avoir été condamné injustement;
>
> 2. Le Banc a utilisé de façon sélective la preuve dont il avait été saisi, ainsi que les renseignements qui n'avaient pas été admis en preuve, afin de statuer sur l'affaire;

3. Le Banc a décidé de lui-même de déclarer Donald Marshall [TRADUCTION] "coupable" d'un vol dont il n'avait jamais été accusé;

4. Le Banc a commis une erreur lorsqu'il a déclaré que Marshall, s'était, [TRADUCTION] "de son propre aveu", parjuré;

5. Le Banc n'a pas examiné l'omission importante de la Couronne de divulguer la preuve, notamment les déclarations contradictoires des témoins, aux avocats de la défense;

6. La suggestion du Banc, selon laquelle les "mensonges [de Marshall] avaient contribué dans une large mesure à sa condamnation" ne s'appuyait sur aucune preuve et était contraire à la preuve dont le Banc était saisi;

7. Le Banc n'a pas examiné les erreurs commises par le juge de première instance lorsqu'il a restreint le contre-interrogatoire de Pratico;

8. Le juge Leonard Pace n'aurait pas du siéger au Banc;

9. La décision du Banc équivalait à une défense du système de justice pénale aux dépens de Marshall, malgré une preuve contraire écrasante;

10. Les commentaires injustifiés que le Banc a formulés dans les dernières pages de sa décision ont créé de sérieuses difficultés à Donald Marshall, Jr., tant du point de vue de son pouvoir de négocier une indemnité pour sa condamnation injuste que du point de vue de l'acceptation de son acquittement par le public.

(les paragraphes ont été numérotés pour plus de commodité)

Aux pages 126 et 127 du volume premier du rapport de la Commission royale, les commissaires font des observations sur la conduite du juge Leonard L. Pace, qui a convoqué à son cabinet Me Dana Giovannetti, un avocat qui fait partie de mon ministère, pour lui reprocher vivement d'avoir parlé de préjugés à l'égard de la présence du juge Pace au nombre des juges saisis de l'appel interjeté contre la condamnation de Roy Newman Ebsary pour homicide involontaire. M. Ebsary a causé la mort de Sandford William Seale au cours de l'incident qui est à l'origine de la condamnation erronée de Donald Marshall, Jr.

Je suis profondément troublé par les conclusions de la Commission à l'égard de la conduite et de la décision de ces

> juges de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Il n'est pas sans importance que ces conclusions viennent de deux commissaires qui sont des juges actuellement en exercice, le juge en chef T. Alexander Hickman, de Terre-Neuve, et le juge en chef adjoint Lawrence A. Poitras, de Québec, et d'un ancien juge, l'honorable Gregory T. Evans, c.r., de l'Ontario.
>
> Il est absolument essentiel que les citoyens de la Nouvelle-Écosse aient foi et confiance dans le plus haut tribunal de cette province. Si cette foi a été ébranlée par les conclusions de la Commission royale, et j'estime que c'est le cas, cette foi doit être rétablie.
>
> Par conséquent, en ma qualité de procureur général de la Nouvelle-Écosse et conformément au paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, j'écris pour demander au Conseil canadien de la magistrature de faire enquête sur la question de savoir si, compte tenu de la conduite des juges étudiée par la Commission Royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, Jr., et sur laquelle elle a fait des commentaires dans son rapport, il y a lieu de révoquer l'honorable Ian M. MacKeigan (ancien juge en chef et aujourd'hui juge surnuméraire), l'honorable Gordon L.S. Hart (juge surnuméraire), l'honorable Malachi C. Jones, l'honorable Angus L. Macdonald et l'honorable Leonard L. Pace, ou l'un ou plusieurs d'entre eux, pour l'un quelconque des motifs exposés aux alinéas 65(2)a) à d) de la *Loi sur les juges* (Canada).
>
> Je serai heureux d'apporter au Conseil canadien de la magistrature mon entière collaboration en cette matière. Il est possible d'obtenir la transcription des dépositions faites devant la Commission royale. Veuillez me prévenir si je puis vous être de quelqu'autre assistance.

Suite à cette lettre, le Conseil canadien de la magistrature et le ministre de la Justice ont formé le présent comité. Nous avons retenu les services de Me Harvey W. Yarosky de Montréal, pour agir à titre de procureur du comité d'enquête, et ceux de Me Edward Ratushny c.r., professeur à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa, à titre d'avocat-conseil. Me Yarosky a donné avis de l'enquête à M. Donald Marshall, Jr., et au procureur général de la Nouvelle-

Écosse. Il leur a été demandé à tous deux s'il existait des preuves, autres que le dossier dont disposait le Banc, qui devraient être portées à notre connaissance. Nous n'avons reçu aucune réponse de la part de M. Marshall.

Le 17 mai 1990, le procureur général répondait à la demande de notre procureur de clarifier et de préciser le lien entre ses préoccupations au sujet des conclusions de la Commission et les alinéas 65(2)a) à d) de la *Loi sur les juges*. Il soulignait que le mandat du comité d'enquête [TRADUCTION] "ne s'appliquera pas à l'ancien juge en chef MacKeigan, qui a pris sa retraite, ni à l'honorable Pace, qui a démissionné pour cause de santé." Il remarquait aussi que la Commission s'était exprimée "dans des termes très forts, ce qui laisse croire que les juges ont manqué à l'honneur et à la dignité", et il répétait quelques-unes des conclusions de la Commission. Il terminait en ces termes :

> [TRADUCTION] Les conclusions de la Commission royale peuvent en soi ne pas justifier la révocation de l'un ou plusieurs des juges, mais les termes très forts qu'elle a employés nécessitent un examen visant à déterminer si de mauvaises intentions peuvent se cacher derrière l'une quelconque des actions du Banc.
>
> Pour des motifs que l'avocat du procureur général a fait valoir énergiquement et avec succès, la Commission royale n'a pu interroger aucun des juges relativement à des préoccupations de ce genre. Le Conseil canadien de la magistrature est le forum tout désigné pour examiner ces préoccupations.
>
> Je crois que la confiance du public dans la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été ébranlée par les conclusions de la Commission royale. Cette confiance pourra être rétablie par la connaissance qu'aura le public qu'il existe un organisme ayant pour mandat d'examiner la conduite des juges, et que cet examen sera réalisé par de distingués juristes. Dans le cadre de son enquête, le comité aura l'occasion d'identifier quel motif, s'il en est, parmi ceux

indiqués aux alinéas 65(2)a) à d) de la *Loi sur les juges* (Canada) s'applique dans les circonstances.

Vous avez demandé si, à mon avis, il y avait des éléments de preuve, autres que le dossier déposé devant le Banc, qui devraient être portés à la connaissance du présent comité d'enquête. Exception faite des dépositions des juges qui ont participé au renvoi, je ne crois pas qu'il existe d'autres éléments de preuve dont je proposerais l'étude. Plus particulièrement, j'ai examiné la question de savoir si les transcriptions ou les pièces émanant de la Commission royale devraient être prises en considération, et j'ai conclu qu'il n'existe aucun élément de preuve ni aucune pièce concernant les trois autres juges qui devraient être portés à votre attention.

Soyez assuré de mon désir d'apporter ma collaboration au comité d'enquête, et je vous prie de communiquer avec moi si je puis vous être de quelqu'autre assistance.

(soulignements ajoutés)

Veuillez agréer l'expression de mes sentiments distingués.

(signature)

Thomas J. McInnis

Cet article 65 de la *Loi sur les juges* auquel réfère l'honorable Thomas J. McInnis est libellé comme suit :

65. (2) Le Conseil peut, dans son rapport, recommander la révocation s'il est d'avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

a) âge ou invalidité;
b) manquement à l'honneur et à la dignité;
c) manquement aux devoirs de sa charge;
d) situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause.

Le Conseil canadien de la magistrature nous a demandé :

> de tenir l'enquête en public sauf lorsque, de l'avis du comité d'enquête, l'intérêt public et l'intégrité du processus judiciaire exigent que l'enquête se fasse à huis clos.

Nous n'avons pas jugé nécessaire de tenir aucune de nos audiences à huis clos sauf pour une question concernant un conflit d'intérêts de la part du procureur des juges, que le procureur de M. Marshall nous a demandé d'entendre à huis clos. Nous avons décidé que cette question était totalement étrangère aux matières en cause dans cette enquête. Nous avons tenu nos audiences publiques à Halifax les 4, 5 et 6 juin et les 10 et 11 juillet 1990.

Le Comité s'est d'abord interrogé sur les éléments de preuve, s'il en est, qui devaient être produits. Notre procureur a fait valoir que :

a) outre la possibilité qu'ils témoignent, la conduite des juges du Banc devrait être "jugée" uniquement sur le dossier qui leur avait été soumis au moment du renvoi;

b) la question de contraindre des juges à témoigner sur l'élaboration de leurs jugements soulève un sérieux problème d'ordre constitutionnel. Il a reconnu que la Cour suprême du Canada dans MacKeigan c. Hickman (1989) 61 D.L.R. (4th) 688, [1989] 2 R.C.S. 796, a soulevé la possibilité que les juges puissent être appelés à témoigner dans certaines circonstances, mais il a soutenu qu'ils ne devraient pas être tenus de le faire en l'espèce. À la page 41 du compte rendu

de l'audition qui s'est tenue devant nous, notre procureur soumet :

> [TRADUCTION] J'ajoute que l'un des principes qui se dégage de la jurisprudence, c'est que l'on ne doit pas obliger un juge d'un tribunal supérieur à être interrogé sur les motifs de son jugement sauf dans les cas les plus exceptionnels et les plus contraignants.

c) sa seule preuve sera le dossier du renvoi à la Cour d'appel tel qu'il a été identifié par M. Smith, greffier de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

Aux prétentions de Me Yarosky, nous avons répondu (Compte rendu, p. 51) que nous n'avions pas l'intention de statuer sur la question de savoir si les juges devraient être contraints à témoigner tant que nous n'aurions pas entendu l'analyse de la preuve par toutes les parties intéressées. En conséquence, nous avons reporté notre décision sur cette importante question.

Nous avons par la suite entendu les arguments de tous les procureurs au dossier. Ceux-ci ont présenté une analyse détaillée et fort utile de la preuve déposée devant nous; ils ont cité à l'appui de leurs prétentions de nombreuses sources doctrinales et jurisprudentielles. Les procureurs se sont également entendus sur le contenu du dossier qui avait été soumis au Banc.

III LES JUGES SONT-ILS CONTRAIGNABLES?

Même s'il peut se présenter des circonstances exceptionnelles dans lesquelles des juges pourraient être tenus de témoigner, nous ne pensons pas qu'il faille conclure de l'arrêt McKeigan c. Hickman (précité) que les juges sont des témoins contraignables en ce qui concerne leurs délibérations ou les décisions qui en résultent.

Une question fondamentale ressort dans le cas présent. La plainte formulée contre les juges ne concerne pas le sort du renvoi, puisque M. Marshall a été acquitté et que le bien-fondé de cette décision ne saurait être mis en doute. La question que nous devons examiner concerne plutôt la façon dont les juges se sont exprimés dans une partie accessoire de leurs motifs de jugement. Personne n'a prétendu devant nous que les six paragraphes contestés étaient attribuables à de mauvaises intentions. Me Derrick, qui représentait M. Marshall, a effectivement soutenu que les juges avaient manqué à l'honneur et à la dignité en rédigeant dans les termes que l'on connaît ces six derniers paragraphes de leur jugement, mais elle n'a pas prétendu qu'ils étaient animés de mauvaises intentions.

Les questions qui pourraient être adressées aux juges dans le cas présent porteraient spécifiquement sur le processus décisionnel d'une cour d'appel; il ne serait pas question des mauvaises intentions des juges. Si le comité d'enquête obligeait les juges à témoigner, il s'immiscerait dans les délibérations de nature privée qui ont eu lieu à l'occasion de la rédaction des motifs du jugement. Cela reviendrait en quelque sorte à leur demander : "Pourquoi avez-vous dit cela?"

ou "Pourquoi avez-vous formulé cette phrase comme ceci plutôt que comme cela?" ou "Pourquoi n'avez-vous pas dit autre chose?" ou peut-être "Qu'est-ce que vos collègues ont dit ..." sur différents points.

Outre le fait que ces questions leur seraient adressées près de huit ans après la rédaction du jugement, il serait tout à fait inopportun de soumettre les juges à un tel interrogatoire. À notre avis, ces questions porteraient atteinte au fondement même de l'indépendance judiciaire.

La règle selon laquelle les juges ne devraient parler ou s'expliquer qu'une seule fois, dans leurs jugements, est sage et salutaire; elle repose sur la longue expérience de la common law. Nous ne voyons aucune raison majeure de nous en écarter dans le cas présent, d'autant plus que notre mandat consiste à comparer ce qu'a dit le Banc avec le contenu du dossier dont il disposait. Il n'est donc ni nécessaire ni approprié de contraindre les juges à témoigner en l'espèce.

IV LE CRITÈRE DE RÉVOCATION

Il ne semble pas y avoir de norme particulière en regard de laquelle on puisse évaluer la conduite des juges dont la révocation est en jeu, mais certaines hypothèses au sujet du processus semblent être reconnues par la doctrine et la jurisprudence.

Premièrement, il est admis que la fonction judiciaire, qui comporte

l'obligation pour les juges de rendre des décisions libres de toute intervention ou influence de l'extérieur, exige l'indépendance des juges (S. Shetreet et J. Deschênes (éd.), Judicial Independence: The Contemporary Debate (1985) à la p. 393, cité avec approbation dans l'arrêt La Reine c. Beauregard [1986] 2 R.C.S. 56, aux p. 69-70 (le juge en chef Dickson)). C'est pour cette raison que les juges britanniques ont été nommés à titre inamovible dès 1688; l'inamovibilité est aussi garantie par le paragraphe 99(1) de la Constitution canadienne et est considérée comme "... la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire ..." (Valente c. La Reine [1985] 2 R.C.S. 693, à la p. 694 (le juge Le Dain)).

L'indépendance judiciaire renvoie non seulement au droit à l'inamovibilité, mais aussi - et elle l'encourage même - au corollaire qu'est l'obligation des juges de faire preuve d'indépendance d'esprit dans leurs jugements sans craindre d'être destitués (Sirros v. Moore [1974] 3 W.L.R. 459, à la p. 467 (lord Denning M.R.)). En contrepartie, les juges ont la liberté de se prononcer franchement sur les affaires qu'ils doivent trancher.

Cette obligation ne met pas les juges à l'abri de la critique constructive, qu'elle soit de nature publique ou judiciaire, ni ne laisse supposer que les juges ne commettent jamais d'erreurs (A.M. Dobie, *A Judge Judges Judges*, 1951, Washington University Law Quaterly, 471, à la p. 472); elle garantit plutôt que les opinions exprimées en toute honnêteté par les juges lorsqu'ils se prononcent sur le droit, la preuve ou la politique applicable dans une affaire donnée ne mettront pas leur poste en danger. Toutefois, après qu'une affaire a été tranchée, le jugement est alors scruté, comme il se doit, par les avocats, les

universitaires, le public et les médias.

Les juges doivent accepter cette critique, mais ils ne peuvent y répondre. On s'attend à ce qu'il s'expriment par l'intermédiaire de leurs motifs de jugement seulement et qu'ils s'abstiennent d'expliquer leur pensée par la suite.

Deuxièmement, il est admis que "la destitution d'un juge ne peut pas être prise à la légère" (Valente, précité, à la p. 697). Le manquement à l'honneur et à la dignité allégué et dont on a fait la preuve doit être suffisamment grave pour justifier la dérogation à l'inviolabilité de l'indépendance judiciaire. Dans son ouvrage classique *Judges on Trial*, le professeur Shetreet a défini le critère en fonction duquel le Parlement doit décider ou non d'intervenir pour révoquer un juge. Il dit à la p. 272 :

> [TRADUCTION] À moins qu'on ne puisse l'attribuer à de mauvaises intentions ou à une diminution des capacités mentales du juge, une erreur de fait ou de droit ou une erreur de jugement ne justifie pas l'intervention du Parlement. Ces questions relèvent de la compétence des cours d'appel; le Parlement n'assumera pas le rôle d'une cour d'appel.

Ainsi, ce Comité d'enquête, qui est la première étape du processus parlementaire canadien de révocation d'un juge, n'agit pas dans le cas présent en tant que cour d'appel chargée de réviser les conclusions du Banc ou de la Commission royale.

Troisièmement, il est également admis que l'indépendance judiciaire a

été incorporée dans la Constitution pas seulement, ni même principalement, pour le bénéfice des juges. Cette indépendance représente aussi un avantage fondamental pour les justiciables (S. Shetreet, *Judges on Trial*, 1976, à la p. 276; Valente, précité, à la p. 172; MacKeigan c. Hickman, précité, aux p. 696 et 707). En effet, la confiance de la population dans l'administration indépendante et impartiale de la justice est la première prémisse d'un syllogisme dont la deuxième prémisse est la nécessité d'avoir des juges indépendants et impartiaux, et dont la conclusion est l'indépendance du pouvoir judiciaire. Tout critère tentant de définir les circonstances dans lesquelles la révocation d'un juge est appropriée doit nécessairement tenir compte de l'intérêt public et de l'indépendance judiciaire, et les mettre en balance.

Vu ces considérations et la qualification par le procureur général de la Nouvelle-Écosse du problème comme étant de savoir [TRADUCTION] "si de mauvaises intentions peuvent se cacher derrière" les mots employés par les juges, notre procureur, Me Yarosky, a proposé le critère suivant qu'il a formulé spécialement pour les circonstances de l'espèce :

> Les erreurs reprochées aux juges par la Commission royale, si elles sont prouvées, sont-elles à ce point grossières qu'elles dénotent un parti pris qui soit tellement prononcé qu'il rende les juges incapables de s'acquitter convenablement des devoirs de leur charge?

Ce critère nous a guidés et nous a grandement aidés, mais nous aurions plutôt tendance à retenir dans le cas présent un critère pouvant avoir une portée plus vaste. Toute personne a des opinions dont l'expression, cependant, peut

dénoter un parti pris. Il y a grosso modo une différence fondamentale entre un esprit obtus et un esprit ouvert. La véritable impartialité ne réside pas tant dans l'absence de vues et d'opinions que dans l'aptitude à ne pas se fermer à différentes opinions et à leur permettre d'influencer nos décisions. À notre avis, il devient moins utile de savoir si un juge a ou n'a pas eu de parti pris que de savoir si sa décision ou sa conduite reflétait son incapacité d'entendre une affaire et de la trancher en faisant preuve d'ouverture d'esprit.

Par ailleurs, le critère proposé par Me Yarosky ne fait pas expressément allusion à la confiance de la population dans l'administration de la justice. Selon nous, la norme doit être objective et reposer, du moins en partie, sur une conduite dont on puisse raisonnablement penser qu'elle choque la conscience et ébranle la confiance de la population, par opposition à une conduite qui est, et doit souvent être, impopulaire auprès d'une partie de la population.

Le critère dont nous aimerions proposer l'application dans le cas d'espèce est un amalgame de toutes ces considérations et prend la forme suivante :

> La conduite reprochée porte-t-elle si manifestement et si totalement atteinte aux notions d'impartialité, d'intégrité et d'indépendance de la justice qu'elle ébranle suffisamment la confiance de la population pour rendre le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge?

V LES QUESTIONS SOULEVÉES DANS LA PRÉSENTE ENQUÊTE

Étant donné la façon dont les questions ont été débattues devant nous, nous jugeons inutile de revenir sur les critiques que la Commission a faites au sujet du jugement du Banc. Nous pensons en effet que les critiques sévères que la Commission royale a adressées au Banc peuvent être résumées en une seule question ainsi libellée :

> Les juges du Banc ont-ils manqué à l'honneur et à la dignité de façon à justifier leur révocation en qualifiant la conduite de M. Marshall comme ils l'ont fait, compte tenu de toutes les circonstances dont faisait état le dossier dont ils disposaient?

Il convient ici de décrire la façon dont les avocats ont traité cette question dans leur argumentation :

a) Procureurs des juges Hart, Jones et Macdonald : Les procureurs de ces trois juges ont soutenu que ces derniers avaient été injustement critiqués par la Commission et qu'ils n'avaient commis aucune erreur. Ils ont fait valoir qu'il y avait des éléments de preuve qui avaient manifestement convaincu les juges que M. Marshall n'avait pas assassiné M. Seale, qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve sur lesquels un jury pourrait s'appuyer pour trouver M. Marshall coupable dans l'hypothèse où un nouveau procès serait ordonné, et que M. Marshall devait par conséquent être acquitté. Ils ont toutefois ajouté qu'il y avait aussi des éléments de preuve, notamment le témoignage de M. Marshall, qui autorisaient les juges à conclure :

i) que M. Marshall avait effectivement tenté de commettre un vol;

ii) que M. Marshall avait omis de fournir aux policiers et à son procureur des éléments de preuve cruciaux au sujet de l'endroit où vivait M. Ebsary et qui, s'ils avaient été connus, auraient probablement mené à son acquittement;

iii) que M. Marshall n'avait pas dit la vérité, en particulier [TRADUCTION] "toute la vérité"; et

iv) qu'après être arrivés à ces conclusions en se fondant sur les éléments de preuve qui leur avaient été soumis, ils avaient le droit et même l'obligation de dire clairement et franchement ce qu'ils estimaient sincèrement devoir dire au sujet d'une partie qui avait témoigné et dont le comportement avait influé sur le déroulement de l'affaire dont ils étaient saisis. Il allait évidemment de soi qu'on pourrait critiquer leur décision. Celle-ci pourrait se révéler impopulaire. Quoi qu'il en soit, il était de leur devoir de faire abstraction de ces considérations et de dire ce qu'ils estimaient devoir dire. Ils ont accompli leur devoir et ne devraient pas, à cause de cela, être soumis à l'enquête sans précédent dont ils font actuellement l'objet.

b) Procureur de l'honorable Ian MacKeigan : Le procureur de l'honorable MacKeigan a souscrit, dans l'ensemble, aux arguments qu'ont fait valoir les procureurs des trois juges précités.

c) Procureur de l'honorable Leonard Pace : Le procureur de cet ancien juge a pris une position différente. Il a prétendu qu'il n'était pas nécessaire d'attaquer les conclusions de la Commission royale. Selon lui, il fallait plutôt prendre conscience du fait que des personnes de bonne volonté peuvent arriver à des conclusions différentes à partir d'éléments de preuve identiques; il a cependant ajouté que la Commission avait pu tenir une enquête beaucoup plus approfondie sur tous les aspects de la poursuite intentée contre M. Marshall que celle qu'avait pu faire le Banc. De plus, la compétence du Banc était limitée, alors que le mandat de la Commission était suffisamment large pour inclure l'examen de la conduite des policiers et des procureurs lors du procès de M. Marshall, ainsi que la conduite des policiers par la suite. La Commission disposait donc de nombreux renseignements dont le Banc n'avait pu prendre connaissance.

Le procureur a également soutenu que le Banc avait entendu des témoignages ou avait été saisi d'éléments de preuve suffisamment concluants pour l'autoriser à dire ce qu'il a dit au sujet de M. Marshall, peu importe qui, de la Commission ou du Banc, avait raison à propos de la qualification de la conduite et du témoignage de M. Marshall. Le procureur de l'honorable Pace a ensuite fait valoir les mêmes prétentions que les procureurs des trois juges.

d) Procureur de M. Marshall : Me Derrick a soutenu que les obiter dicta formulés dans le jugement du Banc méritaient d'être critiqués officiellement, mais elle s'est abstenue, à la demande de M. Marshall, de prétendre que les juges devraient être révoqués. Soulignant la confiance que la population

doit avoir dans un pouvoir judiciaire impartial, Me Derrick a soutenu que ces obiter dicta étaient suffisamment injustifiés pour permettre de croire que cette confiance avait été gravement ébranlée. Dans son analyse du dossier dont le Banc disposait, elle a soutenu que la plupart des reproches adressés à M. Marshall ne reposaient sur aucun élément de preuve autorisé et étaient inutilement désobligeants envers un homme qui, de l'aveu même du Banc, avait passé plus de dix ans en prison pour un crime qu'il n'avait pas commis.

e) Procureur de la Commission : Me Yarosky nous a invités à conclure qu'une "réelle et terrible" erreur judiciaire avait été commise, ce qui est l'évidence même. Il a soutenu que c'était la seule conclusion possible, que M. Marshall ait ou non tenté de commettre un vol, qu'il ait ou non caché des éléments de preuve, ou qu'il ait ou non dit toute la vérité. Il nous a rappelé que M. Marshall avait été erronément reconnu coupable de meurtre, qu'il avait été emprisonné pendant plus de dix ans sur la foi de faux témoignages, et que des éléments de preuve qui lui auraient été utiles avaient été dissimulés aussi bien avant qu'après sa condamnation et l'appel qui a ensuite été interjeté. Cela était apparent dans le dossier dont disposait le Banc, au dire de M. Yarosky. Dans ces circonstances, le langage employé par les juges, particulièrement lorsqu'ils ont écrit que l'erreur judiciaire était [TRADUCTION] "plus apparente que réelle" et que le manque de franchise de M. Marshall [TRADUCTION] "a contribué dans une large mesure à sa condamnation", témoignait d'une profonde insensibilité et était inexplicable, a-t-il soutenu. L'emploi de ces mots a constitué une grave erreur de droit qui tenait presque du motif de révocation.

Et d'ajouter notre procureur, limiter les critiques à M. Marshall, sans adresser également des reproches à ceux qui ont été les véritables responsables de cette erreur judiciaire, constituait la preuve irréfutable d'un manque flagrant de considération.

Nous constatons que, dans le cadre de leur argumentation, les procureurs ont d'abord parlé d'erreur dénotant un parti pris pour ensuite mettre l'accent sur le caractère injuste de la qualification de la conduite de M. Marshall par les juges.

Nous désirons tout de suite exprimer notre profond désaccord à propos de certains termes employés par le Banc dans ses remarques concernant M. Marshall. En étudiant le dossier sur lequel le Banc s'est penché, nous ne pouvons nous empêcher d'être frappés par l'incongruité qui existe entre la conclusion du Banc selon laquelle la condamnation de M. Marshall en 1971 était [TRADUCTION] "déraisonnable" et [TRADUCTION] "n'était pas étayée par la preuve", et ses obiter dictum voulant que [TRADUCTION] "toute erreur judiciaire [ait été] plus apparente que réelle". On ne peut certainement pas prétendre sérieusement que la condamnation d'une personne innocente, qui était, du reste, adolescente à ce moment, et qui a ensuite été injustement emprisonnée pendant plus de dix ans, n'était pas une erreur judiciaire flagrante.

Déclarer erronément une personne coupable et l'incarcérer n'est rien de moins qu'une **réelle** erreur judiciaire; il est inadmissible de dire que cette erreur est [TRADUCTION] "plus apparente que réelle". C'est encore plus inadmissible

lorsque la condamnation repose sur de faux témoignages obtenus avec la complicité des mandataires de la Couronne. Et l'erreur est encore plus grave quand on sait que ces mandataires ont reçu, après la condamnation, mais pendant que la cause était portée en appel, des éléments de preuve concluants ou quasi concluants, au sujet de l'innocence du prévenu, mais ne se sont pas empressés d'intervenir pour demander la révision de la décision, ou se sont abstenus de le faire. La gravité de cette erreur judiciaire augmente évidemment de jour en jour, tant que la personne innocente demeure incarcérée. Il n'y a pas de réparation que l'on puisse proposer pour effacer complètement plus de dix années d'emprisonnement injustifié ou qui permette de refléter fidèlement le drame terrible vécu par M. Marshall. Nous n'avons aucun mal à croire qu'une personne raisonnable mise au courant des circonstances dont faisait état la preuve soumise au Banc qui a entendu le renvoi trouverait certaines paroles des juges pour le moins exagérées.

Néanmoins, le Banc avait la compétence nécessaire pour se prononcer sur la crédibilité des témoins. Il avait le droit d'accepter ou de rejeter en tout ou en partie les témoignages qu'il a entendus, y compris celui de M. Marshall. S'appuyant sur une partie du témoignage de M. MacNeil, le Banc a conclu qu'une tentative de vol avait eu lieu. Celui-ci avait en main des éléments de preuve qui pouvaient honnêtement servir de fondement à cette conclusion. Nous ne prétendons pas que c'est ce qui s'est produit, ni qu'un autre tribunal en serait arrivé à la même conclusion.

En refusant de croire à une partie du témoignage de M. Marshall, le Banc a déduit de la preuve que les "paroles évasives" de celui-ci avaient été la

cause des tragiques conséquences que l'on connaît et qu'il avait nuit à sa propre défense. Le Banc a aussi apparemment conclu que M. Marshall n'aurait probablement pas été reconnu coupable s'il avait dit à ses procureurs, ce qu'il n'a pas fait, où l'on pouvait trouver le véritable meurtrier. Enfin, le Banc a conclu que M. Marshall n'avait pas été un témoin satisfaisant et n'avait pas dit la vérité. Il ne nous appartient pas de substituer notre opinion à celle du Banc au sujet des conclusions auxquelles il en est arrivé sur la crédibilité de M. Marshall. Nous devons simplement nous contenter de dire que ces conclusions ont créé chez les juges une impression qui s'est reflétée dans les paragraphes litigieux.

La véritable question à trancher, toutefois, est de savoir si l'emploi par le Banc d'expressions impropres, voire excessives, constitue un manquement à l'honneur et à la dignité dans les circonstances de l'espèce, compte tenu du fait que le Banc avait le droit, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, d'analyser et de commenter la preuve qui a été faite.

Il convient de faire remarquer que dans les six paragraphes d'obiter dicta, le Banc n'a émis des commentaires que sur M. Marshall, demeurant muet au sujet des autres facteurs négatifs qui ont contribué à sa condamnation. Un tribunal a le droit de commenter les éléments de la preuve dont il est saisi aussi que la conduite des parties et des témoins. Toutefois, comme les six paragraphes litigieux traitent exclusivement de M. Marshall, ils donnent l'impression que le Banc a fait abstraction de la conduite grossière d'autres personnes et qu'il s'est concentré sur la victime de la tragédie.

Il se peut que le Banc ait été réticent à critiquer ceux qui n'ont pas comparu devant lui, mais il n'en demeure pas moins qu'il avait la possibilité de le faire. Les reproches, s'il en est, que méritait M. Marshall seraient certainement faibles comparativement à ceux qui auraient dû être adressés aux personnes qui se sont parjurées, à celles qui les ont incitées à le faire, à celles qui ont omis de divulguer les déclarations antérieures incompatibles des témoins et à celles qui ont dissimulé le témoignage d'un témoin oculaire du meurtre.

Quelle qu'ait été l'intention du Banc en choisissant d'émettre des commentaires uniquement sur la personne qu'il a acquittée, il ne fait aucun doute que les remarques nettement désobligeantes qu'il a faites en *obiter* ont créé la forte impression que celui-ci était insensible à l'injustice commise envers une personne innocente qui a été incarcérée pendant plus de dix ans. Le Banc avait pour mandat de se prononcer sur le bien-fondé de la condamnation de M. Marshall, et non pas de faire enquête sur toutes les circonstances qui l'ont entourée, comme il aurait été tenu de le faire si l'affaire lui avait été soumise conformément à l'alinéa 613c) du *Code criminel* (maintenant l'alinéa 690c)). En décidant de se prononcer en *obiter* sur ces circonstances, le Banc aurait aussi dû mettre en évidence les autres facteurs de cette condamnation erronée qui étaient apparents au dossier dont il disposait.

Nous irions même jusqu'à dire que le Banc, en semblant attribuer à M. Marshall l'entière responsabilité de cette condamnation erronée et en exonérant par voie de conséquence les autres personnes et facteurs qui, selon le dossier, avaient joué un rôle prédominant, a tellement mal qualifié la preuve dont il disposait qu'il a commis une erreur de droit (Desgagné c. Fabrique de St-Philippe D'Arvida [1984] 1 R.C.S. 19, à la p. 31 (le juge Beetz)).

Nous tenons toutefois pour acquis que les juges ne doivent pas être révoqués pour avoir commis une erreur de droit. Si nous arrivons à la conclusion que les cinq juges, lesquels ont exercé collégialement leur pouvoir décisionnel, ont blâmé beaucoup trop sévèrement la victime d'une injustice qu'ils avaient pour mandat de corriger, nous nous rendons cependant aux arguments de tous les procureurs voulant que leur révocation ne soit pas justifiée. À notre avis, les juges ont eu tort de faire ces remarques incidentes et de ne pas reconnaître ouvertement qu'une injustice flagrante avait été commise, mais nous ne pensons pas que leurs remarques reflètent une conduite à ce point répréhensible qu'elle rende les juges incapables de s'acquitter des devoirs de leur charge de façon impartiale et indépendante tout en continuant de bénéficier de la confiance de la population. Les trois juges encore en fonction avaient collectivement 58 années d'expérience en cette qualité avant d'être saisis du renvoi et, depuis, ont tous siégé pendant sept autres années. De plus, le Banc a effectivement acquitté M. Marshall et a conclu que sa condamnation était sans fondement.

Nous ne faisons pas ces reproches à la légère. Nous sommes parfaitement conscients du fait que de tels reproches peuvent diminuer la confiance qu'a la population dans l'appareil judiciaire mais, tout compte fait, nous sommes d'opinion que nous ébranlerions beaucoup plus cette confiance en ne dénonçant pas une conduite répréhensible.

IV CONCLUSION

Bien que nous n'ayons pas l'intention de pardonner ou d'excuser les graves reproches que le Banc a adressés à Donald Marshall, Jr. et en particulier la remarque tout à fait inexplicable selon laquelle toute erreur judiciaire ait été [TRADUCTION] "plus apparente que réelle", nous ne pensons pas qu'il soit possible de conclure que les juges qui ont entendu le renvoi sont incapables de s'acquitter des devoirs de leur charge avec l'impartialité, l'intégrité et l'indépendance que la population attend à juste titre d'eux. Par conséquent, nous ne recommandons pas leur révocation.

Motifs du juge en chef McEachern

I. INTRODUCTION

Bien que je sois entièrement d'accord avec la majorité du Comité pour dire que notre Rapport devrait être contre toute recommandation de révoquer les juges qui ont entendu le renvoi et qui sont encore en exercice, je ne saurais souscrire à certaines parties de ce rapport pour les motifs que je vais m'efforcer d'exposer.

Je puis adopter les parties I à IV inclusivement du rapport de la majorité, sauf pour le syllogisme de la partie IV que je juge inapproprié à la discussion de principes juridiques, et je ne partage pas les vues de la majorité sur notre obligation d'examiner les conclusions de la Commission. Je suis d'accord pour dire que la Commission avait entière compétence en la matière, mais je ne crois pas que cela devrait nous empêcher d'examiner leurs conclusions comme le demande le procureur général.

De fait, mon désaccord avec le reste du rapport de la majorité vise largement le mandat qui nous a été confié, et la façon dont la majorité a qualifié le langage utilisé dans les *obiter dicta* par le Banc après qu'il eut correctement accueilli l'appel de M. Marshall et qu'il l'eut acquitté de l'accusation de meurtre portée contre lui. J'estime aussi que le rapport de la Commission royale et le rapport de la majorité soulèvent une question importante en ce qui concerne le droit qu'ont les juges d'exprimer le fond de leur pensée sur les affaires dont ils sont saisies.

Comme je tenterai de le démontrer, il est essentiel que les juges parlent en toute sincérité, même carrément, lorsque les circonstances le demandent. C'est le cas en l'espèce, et je ne trouve aucun réconfort à dire ce qui, à mon avis, doit être dit.

Le rapport de la majorité ne comprend aucune discussion des critiques cinglantes et des conclusions accablantes de la Commission au sujet du jugement du Banc. Avant d'exposer les conclusions de la Commission, il est utile de mentionner que la dichotomie existant entre le Banc et la Commission procède d'une divergence d'opinion fondamentale à l'égard des circonstances réelles de l'incident qui a opposé M. Marshall et M. Seale d'une part, et M. Ebsary et M. MacNeil d'autre part.

Premièrement, en se fondant en grande partie sur les aveux de M. Marshall et sur le témoignage crucial de M. MacNeil, le Banc a conclu que M. Marshall et M. Seale étaient en train de commettre un vol au moment où M. Ebsary a poignardé M. Seale. La Commimssion est parvenue à une conclusion différente.

Deuxièmement, en raison du témoignage que M. Marshall a donné pour la première fois au cours du renvoi, selon lequel M. Ebsary lui a indiqué approximativement où il vivait, et en raison d'autres éléments de preuve, le Banc a conclu a) que M. Marshall était un mauvais témoin qui n'avait pas dit la vérité à son procès lorsqu'il a omis de révéler qu'il savait où se trouvait probablement le véritable meurtrier, et b) que l'omission de M. Marshall, qu'il a reconnue, de révéler même à son propre avocat qu'il détenait cet élément de preuve crucial

avait contribué à sa condamnation. Là encore, la Commission en est arrivée à des conclusions différentes sur ces importantes questions.

Est essentiel à l'opinion que j'ai sur cette question le fait que le Banc disposait d'éléments de preuve qui lui permettaient de façon raisonnable et rationnelle de tirer les conclusions que je viens d'exposer.

II. LES 10 POINTS EXPOSÉS PAR LA COMMISSION

La Commission a dit :

Nous concluons que :

1. La Cour d'appel a fait une erreur grave et fondamentale lorsqu'elle a conclu que Donald Marshall, Jr., devait être blâmé pour avoir été condamné injustement;

2. Le Banc a utilisé de façon sélective la preuve dont il avait été saisi, ainsi que les renseignements qui n'avaient pas été admis en preuve, afin de statuer sur l'affaire;

3. Le Banc a décidé de lui-même de déclarer Donald Marshall [TRADUCTION] "coupable" d'un vol dont il n'avait jamais été accusé;

4. Le Banc a commis une erreur lorsqu'il a déclaré que Marshall, s'était, [TRADUCTION] "de son propre aveu", parjuré;

5. Le Banc n'a pas examiné l'omission importante de la Couronne de divulguer la preuve, notamment les déclarations contradictoires des témoins, aux avocats de la défense;

6. La suggestion du Banc, selon laquelle les "mensonges [de Marshall] avaient contribué dans une large mesure à sa condamnation" ne s'appuyait sur aucune preuve et était contraire à la preuve dont le Banc était saisi;

7. Le Banc n'a pas examiné les erreurs commises par le juge de première instance lorsqu'il a restreint le contre-interrogatoire de Pratico;

8. Le juge Leonard Pace n'aurait pas dû siéger au Banc;

9. La décision du Banc équivalait à une défense du système de justice pénale aux dépens de Marshall, malgré une preuve contraire écrasante;

10. Les commentaires injustifiés que le Banc a formulés dans les dernières pages de sa décision ont crée de sérieuses difficultés à Donald Marshall, Jr., tant du point de vue de son pouvoir de négocier une indemnité pour sa condamnation injuste que du point de vue de l'acceptation de son acquittement par le public.

(les paragraphes ont été numérotés pour plus de commodité)

En outre, la Commission a fait dans son rapport plusieurs autres critiques sévères à l'égard du Banc, que j'exposerai en détail en temps opportun.

Il n'est pas étonnant que ces conclusions et ces remarques de la Commission aient profondément préoccupé non seulement le procureur général, mais aussi le public et les juges. Il s'agit indubitablement de critiques très graves.

III. NOTRE MANDAT

Il est clair que ce sont ces conclusions et ces critiques qui ont incité le procureur général à demander au Conseil d'étudier la conduite des juges en cause. Il est donc essentiel, à mon sens, que nous en traitions. Je refère brièvement aux lettres du procureur général, en mettant en relief et en soulignant certains mots pour les faire ressortir :

[TRADUCTION] Dans le cadre de ses délibérations, la Commission royale a examiné la conduite des cinq juges de la

> division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui ont entendu, (conformément à l'alinéa 617d) [aujourd'hui l'article 690] du *Code criminel)*, le renvoi relatif à la condamnation de Donald Marshall, Jr. et qui ont statué à cet égard. Les cinq juges qui ont entendu le renvoi sont : [suivent les noms des juges en cause].
>
> On trouvera aux pages 113 à 127 du volume premier du rapport de la Commission royale les commentaires de cette dernière sur la mise en place du renvoi et sur la décision à laquelle il a donné lieu. Les conclusions relatives à la décision concernant le renvoi sont publiées à la page 116 du rapport; les commissaires se sont exprimés comme suit :
>
> [suivent les 10 points exposés par la Commission]
>
> **Je suis profondément troublé par les conclusions de la Commission à l'égard de la conduite et de la décision de ces juges de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.** Il n'est pas sans importance que ces conclusions viennent de deux commissaires qui sont des juges actuellement en exercice. ...
>
> Il est absolument essentiel que les citoyens de la Nouvelle-Écosse aient foi et confiance dans le plus haut tribunal de cette province. Si cette foi a été ébranlée par les conclusions de la Commission royale, et j'estime que c'est le cas, cette foi doit être rétablie.
>
> Par conséquent, en ma qualité de procureur général de la Nouvelle-Écosse et conformément au paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, j'écris pour demander au Conseil canadien de la magistrature de faire enquête sur la question de savoir **si, compte tenu de la conduite des juges étudiée par la Commission Royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, Jr., et sur laquelle elle a fait des commentaires dans son rapport,** il y a lieu de révoquer [les juges] ou l'un ou plusieurs d'entre eux, pour l'un quelconque des motifs exposés aux alinéas 65(2)a) à d) de la *Loi sur les juges* (Canada)...

Notre procureur a écrit au procureur général pour lui demander des précisions sur les éléments de preuve, et le procureur général a répondu en partie ce qui suit :

[TRADUCTION] "Dans le résumé de ses conclusions que l'on trouve à la page 116 du volume premier du rapport de la Commission royale, cette dernière use de termes très forts, ce qui laisse croire que les juges ont manqué à l'honneur et à la dignité. Les extraits suivants illustrent ce point.

> ...Le Banc a utilisé de façon selective la preuve dont il avait été saisie...
>
> ...Le Banc a décidé lui-même...
>
> ...La suggestion du Banc... ne s'appuyait sur aucune preuve et était contraire à la preuve dont le Banc était saisi.
>
> ...La décision du Banc équivalait à une défense du système de justice pénale aux dépens de Marshall, malgré une preuve contraire écrasante.
>
> ...Les commentaires injustifiés que le Banc a formulés... ont crée de sérieuses difficultés...

Les conclusions de la Commission royale peuvent en soi ne pas justifier la révocation de l'un ou plusieurs des juges, mais les termes très forts qu'elle a employés nécessitent un examen visant à déterminer si de mauvaises intentions peuvent se cacher derrière l'une quelconque des actions du Banc.

Je crois que la confiance du public dans la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été ébranlée par les conclusions de la Commission royale. ..."

Bien que je n'aie aucun désir de réviser les conclusions de la Commission, je ne connais aucune autre façon de répondre à la demande du procureur général si ce n'est d'examiner ces conclusions à la lumière des éléments de preuve dont disposait le Banc.

IV. ANALYSE DES 10 POINTS EXPOSÉS PAR LA COMMISSION

Après avoir mûrement réfléchi, j'ai en conclu que la plupart de ces conclusions et de ces critiques étaient sans fondement. Je vais en discuter de façon individuelle :

1. La Cour d'appel a fait une erreur grave et fondamentale lorsqu'elle a conclu que Donald Marshall, Jr., devait être blâmé pour avoir été condamné injustement.

Le Banc n'a pas conclu que M. Marshall était responsable de sa déclaration erronée de culpabilité. Il a plutôt dit qu'il [TRADUCTION] "...a contribué à sa propre condamnation" et que "par son manque de franchise ... [il] a contribué dans une large mesure à sa condamnation."

Dans les deux cas, le Banc a motivé ses conclusions. Comme il est exposé à la partie I du rapport de la majorité, de nombreux éléments de preuve permettaient logiquement et raisonnablement au Banc d'en venir à ces conclusions. À mon sens, celui-ci n'a pas commis d'erreur grave et fondamentale comme il est allégué.

2. Le Banc a utilisé de façon sélective la preuve dont il avait été saisi, ainsi que les renseignements qui n'avaient pas été admis en preuve, afin de statuer sur l'affaire.

Tous les tribunaux utilisent sélectivement les éléments de preuve. L'une des fonctions judiciaires les plus importantes consiste précisément à décider

quels éléments de preuve il faut recevoir et quels autres il convient de rejeter. Tirer des conclusions de faits, c'est en grande partie déterminer les éléments de preuve qui ne sont pas crédibles et ceux qui le sont, et choisir parmi ces derniers ceux en fonction desquels il convient de tirer des conclusions. Les paroles de la Commission laissent entendre que le Banc n'aurait pas dû se livrer à cet exercice, et elles seraient interprétées en ce sens.

Je crois que ce que la Commission voulait dire, c'est soit que le Banc n'a pas traité de toutes les questions juridiques et les questions de fait dont la Commission a estimé par la suite que le Banc aurait dû se préoccuper dans son jugement, soit que cette dernière aurait dû tirer d'autres conclusions à partir de la preuve. Vue de cette façon, cette question est reprise plus loin dans d'autres points auxquels je reviendrai ultérieurement.

Je suis incapable de voir où le Banc a utilisé, le cas échéant, des renseignements importants qui n'ont pas été formellement reçus en preuve pour parvenir à ses conclusions. La Commission semble avoir été tracassée par cette question mais la seule référence que l'on nous a donnée, ou que j'ai pu trouver, portait sur l'affidavit des anciens avocats de M. Marshall qui a été déposé auprès du Banc, sans avoir toutefois été réellement reçu en preuve. Il ne portait pas préjudice à M. Marshall. Je note également qu'à la page 120 de son rapport, la Commission a laissé entendre que le Banc aurait dû référer à des documents déposés mais non reçus en preuve.

3. Le Banc a décidé de lui-même de déclarer Donald Marshall [TRADUCTION] "coupable" d'un vol dont il n'avait jamais été accusé.

Le Banc n'a pas "reconnu" M. Marshall "coupable" de vol, et je ne crois pas non plus (en raison des guillemets) que la Commission ait entendu le suggérer, même si ces mots seront vraisemblablement interprétés en ce sens. Bien que la plupart des personnes ayant reçu une formation juridique sachent qu'il est impossible d'ajouter le vol à une accusation de meurtre (ce qui rendrait juridiquement impossible une condamnation dans les circonstances de l'espèce), le public peut fort bien ne pas comprendre cette subtilité. Toute méprise à cet égard de la part du public devrait être dissipée.

En réalité, le Banc a décidé, sur la foi de nombreux témoignages, dont particulièrement celui de M. MacNeil mais aussi celui de M. Marshall, que M. Seale avait été tué au cours d'un vol.

Je ne dis pas que c'est ce qui s'est effectivement produit. Le Banc et la Commission en sont arrivés à cet égard à des conclusions différentes. Mais il ne me fait aucun doute que le Banc disposait d'éléments de preuve lui permettant clairement de conclure qu'il y avait eu pour le moins une tentative de vol, et que cette preuve constituait une partie importante des témoignages sur les faits dont la formation avait le droit de discuter.

L'emploi par le Banc des phrases descriptives suivantes, à savoir :

[TRADUCTION] "En préparant un vol avec l'aide de M. Seale...";

"...qu'au cours d'un vol Seale a été poignardé..." et;

"Il a continué d'être évasif au sujet du vol..."

n'étaye pas l'allégation selon laquelle "Le Banc a décidé de lui-même de déclarer Marshall "coupable" d'un vol dont il n'a jamais été accusé."

4. Le Banc a commis une erreur lorsqu'il a déclaré que Marshall, s'était, [TRADUCTION] "de son propre aveu", parjuré.

Sur le plan sémantique, le Banc n'avait pas totalement raison d'écrire que M. Marshall avait "de son propre aveu" commis un parjure. Ce qui s'est produit, comme déjà mentionné, c'est que M. Marshall, qui avait juré à son procès de dire toute la vérité, n'a pas révélé où demeurait M. Ebsary ainsi que d'autres détails de l'incident. M. Marshall a avoué dans son témoignage ne pas avoir révélé ces faits à son procès, élément d'une très grande importance dont les nombreuses conséquences ont été fort graves. Il existe des divergences considérables entre le témoignage de M. Marshall à son procès et sa déposition au cours du renvoi. Je doute qu'il soit nécessaire d'en dire davantage sur ce sujet.

5. Le Banc n'a pas examiné l'omission importante de la Couronne de divulguer la preuve, notamment les déclarations contradictoires des témoins, aux avocats de la défense.

Ce point s'inscrit dans une question plus vaste ayant trait à l'omission du Banc de traiter dans son jugement d'un certain nombre de questions dont la Commission aurait clairement voulu qu'il parle. Pour les raisons données au paragraphe 13 de la partie I du Rapport de la majorité, le Banc ne disposait pas

des dépositions des policiers. De la même façon, le Banc ne disposait pas non plus des dépositions des mandataires de la Couronne qui avaient la responsabilité de la divulgation en cause. Le Banc ignorait qui était responsable de ce fait regrettable ainsi que les explications ou les excuses que l'on aurait pu donner.

Ainsi, une grave injustice aurait pu être commise si le Banc, sans avoir entendu les dépositions de ces témoins, avait "traité" de l'absence de divulgation. C'est une règle courante de pratique devant tous les tribunaux, et une règle sage, que les tribunaux ne doivent pas traiter de telles questions sans entendre les témoins. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de critiquer le Banc à cet égard.

6. La suggestion du Banc, selon laquelle les "mensonges [de Marshall] avaient contribué dans une large mesure à sa condamnation" ne s'appuyait sur aucune preuve et était contraire à la preuve dont le Banc était saisi.

Comme on l'a déjà dit, le Banc et la Commission divergeaient considérablement d'opinion à l'égard des circonstances de l'incident en cause. Le Banc, qui a apparemment accepté le témoignage de M. Marshall au sujet de la conversation qu'il a eue avec M. Ebsary, et la déposition de M. MacNeil au sujet du vol ou de la tentative de vol, qui a été confirmée en partie par M. Marshall, a conclu premièrement qu'un vol avait effectivement eu lieu, deuxièmement, que M. Marshall n'avait pas dit toute la vérité et avait nui à sa défense au procès, et troisièmement, que s'il avait révélé qu'il savait où vivait M. Ebsary, il n'aurait probablement pas été reconnu coupable de l'acte criminel concerné.

Selon moi, le Banc disposait de nombreux éléments de preuve lui

permettant d'en venir aux conclusions auxquelles elle est parvenue. J'ai déjà parlé du vol et du manque de franchise. Quant au troisième point, il faut se souvenir que M. Marshall a déposé au procès que M. Seale avait été tué sans motif apparent par un étranger qui avait dit être un prêtre du Manitoba et qui était dans le parc tard le soir, s'enquérant des contrebandiers et des femmes. Cela aurait pu être vrai, mais dans le contexte d'un procès avec jury, il s'agissait là d'une histoire qui pouvait fort bien ne pas être crue, et elle ne l'a effectivemente pas été, par le jury qui disposait également de versions contraires de "témoins oculaires".

La divulgation en temps utile de l'endroit où se trouvaient M. Ebsary et M. MacNeil aurait fort bien pu être utile à la défense de M. Marshall. Il est vrai que la police connaissait l'identité de M. Ebsary et de M. MacNeil après le procès et qu'elle a supprimé ce renseignement, mais il n'est aucunement certain que M. Marshall aurait été accusé (ou reconnu coupable) si cet élément de preuve avait été connu plus tôt. À la page 121, la Commission s'est montrée d'avis, et je suis respectueusement d'accord avec elle, que [TRADUCTION] "...le procureur de la défense, fort de ce nouveau renseignement, aurait vraisemblablement réussi à obtenir un nouveau procès." Cela me porte à croire que la Commission partageait l'opinion du Banc quant à l'importance de cet élément de preuve.

M. Marshall n'a même pas révélé à son propre procureur cet élément de preuve crucial. L'eut-il fait, son procureur aurait, selon le Banc, vraisemblablement localisé M. Ebsary et M. MacNeil avec des conséquences qui n'auraient pu que servir M. Marshall. Assurément, cela aurait grandement renforcé sa défense.

D'autre part, les conclusions de la Commission sont favorables à M. Marshall en ce qui concerne sa franchise et le vol, mais elle ne se préoccupe pas de l'omission de M. Marshall de révéler cet élément de preuve à son avocat.

Je ne prétends pas déterminer qui du Banc ou de la Commission a raison. Tous les deux ont entendu les témoignages et avaient la compétence nécessaire pour parvenir aux conclusions auxquelles ils en sont arrivés. Je crois qu'on ne peut dire, comme l'a fait la Commission, que les conclusions du Banc "n'étaient appuyée(s) par aucun élément de preuve et étaient contraires à la preuve soumise au Banc". Ce dernier disposait de nombreux éléments de preuve à partir desquels n'importe quel tribunal, dans l'exercice de ses fonctions, pouvait tirer les conclusions auxquelles il est parvenue.

7. Le Banc n'a pas examiné les erreurs commises par le juge de première instance lorsqu'il a restreint le contre-interrogatoire de Pratico.

La pratique canadienne en matière d'appel n'exige pas des tribunaux qu'ils examinent le moindre argument qui peut ressortir de la preuve, surtout lorsque l'appel est accueilli pour d'autres motifs. Tel était l'état du droit au moment où le renvoi a été entendu, et je ne vois pas pourquoi le Banc aurait dû traiter de cette question.

Il convient également de rappeler que l'erreur reprochée au juge de première instance à propos du contre-interrogatoire aurait seulement pu donner lieu à la tenue d'un nouveau procès, ce qui n'était d'aucune importance puisque le

Banc ordonnait un acquittement vu l'absence de preuve.

Sur ce point et sur bien d'autres, la Commission a formulé de vives critiques fondées sur des considérations touchant le droit et la pratique qui ne concordent pas avec les principes relatifs à la procédure d'appel qui sont généralement reconnus dans le monde de la common law. La même conclusion se dégage des reproches de la Commission à l'endroit du Banc pour ne pas avoir traité d'autres questions dont il n'avait pourtant pas besoin de tenir compte pour rendre sa décision.

8. Le juge Leonard Pace n'aurait pas du siéger au Banc.

Tout comme la Commission, je suis d'avis que la responsabilité de nommer les juges chargés d'entendre le renvoi incombait au juge en chef. Puisque ce dernier n'est pas une personne au sujet de laquelle des recommandations peuvent être faites, il ne serait pas opportun de faire des commentaires sur cette question.

9. La décision du Banc équivalait à une défense du système de justice pénale aux dépens de Marshall, malgré une preuve contraire écrasante.

Il s'agit d'une caractérisation de la décision du Banc à laquelle en arrive la Commission aux p. 124 et 125 :

> [TRADUCTION] La décision équivalait à une apologie du système aux dépens de Marshall, malgré la preuve contraire accablante.

> La décision de la Cour d'appel de défendre le système est d'autant plus étonnante que celle-ci a refusé d'entendre la preuve des policiers. Les affidavits des policiers n'ont pas été reçus en preuve et aucun policier n'a témoigné. Dans notre système judiciaire, la décision de blâmer quelqu'un ou de lui attribuer une responsabilité doit être précédée de l'audition complète de la preuve sur tous les aspects de la question; le respect rigoureux de ces principes élémentaires d'équité de même que la vérification de la preuve au moyen du contre-interrogatoire sont des assises solides sur lesquelles peut s'appuyer une décision.

Il est inexact de dire que le Banc a [TRADUCTION] "refusé d'entendre la preuve des policiers". Ce qui est arrivé est clairement expliqué dans les paragraphes qui précèdent et il n'y a pas lieu de le répéter. Après que les présumés témoins oculaires se furent rétractés et que M. MacNeil eut ensuite disculpé M. Marshall du meurtre, il devenait inutile d'entendre d'autres éléments de preuve. Le procureur de M. Marshall s'est opposée à la recevabilité de la preuve des policiers parce qu'il ne la jugeait pas pertinente. Pour cette raison, conformément aux demandes des deux procureurs, le Banc a refusé d'entendre la preuve.

Il convient également de rappeler que le Banc a entendu tous les éléments de preuve que la Couronne et M. Marshall ont produits. Il y a, à la base du processus contradictoire, un principe de droit qui veut que les tribunaux, en particulier les tribunaux d'appel, ne cherchent pas à découvrir des éléments de preuve. Cette responsibilité incombe aux avocats.

Dans le cas présent, le Banc a entendu tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés et il est difficile de comprendre comment on pourrait lui reprocher de ne pas avoir entendu des éléments de preuve dont les procureurs ne

lui auraient pas fait part.

Il ne fait aucun doute, lorsque je lis le rapport de la Commission, que les critiques de cette dernière visent les *obiter dicta*, et pas le jugement qui acquitte M. Marshall. La Commission a estimé que les reproches adressés par le Banc à l'endroit de M. Marshall constituaient une [TRADUCTION] "défense du système de justice pénale"; il s'agit là d'un jugement de valeur que la Commission avait le droit de porter. Toutefois, il est incompréhensible, pour employer le qualificatif de la Commission, de dire que dans ses remarques incidentes, le Banc [TRADUCTION] "n'a pas tenu compte de la preuve et a refusé d'entendre tous les éléments de preuve se rapportant à la question de la responsabilité". Les éléments de preuve étaient suffisamment nombreux pour appuyer les opinions du Banc et, comme je l'ai dit, celui-ci n'a refusé d'entendre aucun élément de preuve. Le Banc ne fait pas la défense du système de justice pénale dans son jugement.

Je pense que ce que la Commission a sans doute voulu dire, c'est que le Banc aurait dû accepter le témoignage de M. Marshall, qui a déclaré durant le renvoi qu'il n'était pas en train de commettre un vol parce que [TRADUCTION] "le vol n'a pas eu lieu", et qu'en blâmant seulement M. Marshall, le Banc déchargeait implicitement de toute responsabilité les autres personnes concernées. À mon avis, les mots utilisés par le Banc ne se prêtent pas à cette interprétation. Je reviendrai un peu plus loin sur les reproches que le Banc a adressés à M. Marshall.

Je ne suis pas certain du sens que la Commission a voulu donner aux mots [TRADUCTION] "malgré une preuve contraire écrasante". Selon moi, elle a

voulu dire que la preuve de la responsabilité d'autres personnes (que M. Marshall) était écrasante.

Avec toute la déférence qui s'impose, il y avait des éléments de preuve qui permettaient au Banc d'attribuer une part de responsabilité à M. Marshall. La preuve dont il avait besoin pour tenir d'autres personnes responsables (sauf les témoins oculaires, dont les témoignages ont été longuement analysés) était incomplète, et j'ai déjà expliqué pourquoi il n'aurait pas été opportun que le Banc cherche à la compléter.

Quoi qu'il en soit, il est grandement exagéré de dire que la preuve contredisant les conclusions du Banc était "écrasante".

10. Les commentaires injustifiés que le Banc a formulés dans les dernières pages de sa décision ont créé de sérieuses difficultés à Donald Marshall, Jr., tant du point de vue de son pouvoir de négocier une indemnité pour sa condamnation injuste que du point de vue de l'acceptation de son acquittement par le public.

Il n'y a aucun doute que les conséquences dont fait état l'extrait du rapport de la Commission que je viens de citer sont exactes. Ce dont on parle ici, c'est du droit et, parfois même, de l'obligation qu'a un tribunal de dire ce qu'il pense de la conduite d'une partie telle que la lui révèle la preuve. Comme je viens de le mentionner, je reviendrai sur ce point un peu plus loin, mais je pense que nous attendons de nos juges qu'ils s'expriment franchement, voire même carrément, pour éviter les malentendus sur le sens de leurs paroles. Le droit n'a jamais prévu que les juges devraient faire l'objet d'une enquête en vue d'une possible révocation pour avoir agi ainsi.

V. AUTRES CRITIQUES ADRESSÉES AU BANC PAR LA COMMISSION

En plus des dix points susmentionnés, la Commission a adressé à le Banc, dans les pages de son rapport, d'autres reproches sérieux que le procureur général a expressément soumis au Conseil canadien de la magistrature. Il me paraît souhaitable d'en faire état, mais je ne les analyserai pas tous car ils ont tendance se répéter.

1. Fardeau de preuve

Dans ses remarques, le Banc a dit :

> [TRADUCTION] [83] En cachant les faits à ses procureurs et à la police, M. Marshall a en fait empêché l'élaboration du seul moyen de défense dont il pouvait se prévaloir, à savoir qu'au cours d'un vol Seale a été poignardé par une des victimes visées. Il affirme maintenant qu'il savait à peu près où demeurait l'homme qui a poignardé Seale et qu'il avait une assez bonne description de lui. Si ces renseignements avaient été fournis, la police aurait bien pu découvrir la vérité.

À la p. 120, la Commission a déclaré :

> [TRADUCTION] La qualification par le Banc du "vol" comme étant le "seul moyen de défense" dont M. Marshall pouvait se prévaloir est curieuse à l'extrême. Dans notre système de justice pénale, le prévenu n'a certainement pas le fardeau de présenter une défense. C'est la Couronne qui a le fardeau et l'obligation de soumettre des éléments de preuve véridiques qui, s'ils sont recevables, appuieront la condamnation. Comment peut-on blâmer un prévenu dont la condamnation repose sur de faux témoignages?

Avec toute la déférence qui s'impose, la Commission confond le fardeau de preuve et le fardeau de présentation d'éléments de preuve à certaines étapes du procès. Le fardeau de prouver la culpabilité du prévenu hors de tout doute raisonnable repose toujours sur la Couronne. C'est elle qui l'assume dès le début du procès; il n'est jamais transféré à l'accusé.

L'accusé n'est en aucune façon obligé de témoigner ou de produire des éléments de preuve. À la fin de la preuve de la Couronne, toutefois, il se peut que les éléments de preuve présentés par celle-ci soient suffisants pour permettre de croire que le prévenu risque d'être déclaré coupable s'il ne fait pas de défense. Ce dernier n'est pas obligé d'en faire une, mais il court le risque d'être déclaré coupable s'il s'en abstient.

On ne peut jamais savoir, une fois que la Couronne a déclaré sa preuve close, si le jury a ajouté foi à ce qu'il a entendu ou s'il est convaincu que la Couronne s'est déchargée du fardeau de prouver la culpabilité du détenu hors de tout doute raisonnable. Ce sont des appréciations que la défense doit faire durant presque tous les procès criminels.

C'est la position dans laquelle s'est retrouvé M. Marshall après que la Couronne eut déclaré sa preuve close au procès. La Couronne avait présenté des "témoins oculaires" selon lesquels M. Marshall avait poignardé et tué M. Seale. Si M. Marshall ne produisait aucune défense, il risquait fort d'être reconnu coupable. Il a apparemment décidé, sans aucun doute sur les conseils de son procureur, de faire une défense, et c'est son propre témoignage qu'il a choisi de présenter. Une fois que la décision de faire une défense était prise, il était crucial que

M. Marshall fournisse la meilleure défense possible.

Dans sa défense, il a déclaré qu'un étranger avait poignardé M. Seale sans aucune raison apparente. C'est une défense qui reposait entièrement sur l'espoir que le jury croirait ce témoignage. Si M. Marshall avait peu identifier M. Ebsary comme le meurtrier de M. Seale et s'il avait pu demander à M. MacNeil de venir témoigner en sa faveur, il est probable que sa défense, tant au moment du contre-interrogatoire des témoins de la Couronne qu'au cours de sa propre défense, aurait eu beaucoup plus de poids et aurait peut-être été concluante.

La Commission semble avoir été d'avis que ces principes étaient en quelque sorte inapplicables parce que M. Marshall avait été déclaré coupable sur la foi de faux témoignages. Les principes que je viens de décrire s'appliquaient indubitablement durant le procès de M. Marshall. La correction d'une injustice résultant d'un faux témoignage est un processus complètement différent.

Le Banc a simplement dit qu'en ayant manqué de franchise au sujet d'éléments de preuve cruciaux que lui seul connaissait (c'est-à-dire l'endroit où l'on pouvait trouver M. Ebsary) et qu'en ayant omis de parler du vol, ce qui expliquait la réaction de M. Ebsary, M. Marshall n'avait effectivement pas produit la meilleure défense dont il avait besoin pour renverser la preuve, qu'elle fut ou non fondée sur de faux témoignages, présentée par la Couronne. Le Banc n'a fait aucune erreur au sujet du fardeau de preuve.

2. La recherche de MM. Ebsary et MacNeil

La Commission a affirmé, également à la p. 120 de son rapport, que : [TRADUCTION] "Selon nous, il n'y avait aucun motif légitime permettant au Banc de tenir Marshall responsable de l'échec des policiers dans leur tentative de localiser Ebsary et MacNeil".

Le Banc n'en n'a pas attribué la responsabilité à M. Marshall. Il a plutôt dit que si les policiers avaient été renseignés à temps, ils [TRADUCTION] "aurai[en]t très bien pu découvrir leur existence".

Nous ne savons pas exactement ce que M. Marshall a déclaré aux policiers pendant l'enquête, mais il semble évident qu'il n'a dit à personne, pas même à son procureur qui l'a défendu lors du procès, qu'il savait où se trouvait probablement le meurtrier de M. Seale; ce n'est qu'au cours de son témoignage lors du renvoi qu'il a divulgué ce renseignement.

Pour cette raison, je pense que le Banc avait un motif légitime de tenir M. Marshall en partie responsable de ce malheur.

3. Erreur judiciaire

À la p. 125, la Commission a déclaré :

> [TRADUCTION] Quand on lit correctement le jugement, on constate que la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait eu aucune erreur judiciaire. La condamnation a été annulée parce qu'elle ne s'appuyait plus sur la preuve (sous-alinéa

613(1)a)(i)). Elle n'a pas été annulée pour le motif qu'il y avait eu erreur judiciaire (sous-alinéa 613(1)a)(iii)).

À mon avis, le Banc n'a pas conclu qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire. Il a accueilli l'appel de M. Marshall et l'a acquitté. Il a choisi de le faire sous le régime de ce qui était à l'époque le sous-alinéa 613(1)a)(i) du Code criminel, qui porte sur les déclarations de culpabilité qui sont déraisonnables ou qui ne s'appuient pas sur la preuve, plutôt que d'invoquer le sous-alinéa (iii), qui parle d'erreur judiciaire commise pour un motif quelconque.

Il ne s'ensuit pas nécessairement que le Banc a jugé qu'aucune erreur judiciaire n'avait été commise. Comme je l'ai déjà expliqué, le Banc n'a pas examiné les circonstances qui ont entraîné cette manifeste erreur judiciaire; par conséquent, il a probablement eu raison de s'en tenir au sous-alinéa (i) qui ne faisait aucun doute.

4. Critiques relatives à la conduite de M. Marshall

Tout au long de son rapport, la Commission a répété que le Banc n'aurait pas dû blâmer M. Marshall, d'autant plus qu'il ne s'était pas arrêté aux circonstances qui ont donné lieu aux faux témoignages et que des éléments de preuve avaient été supprimés avant, pendant et après le procès.

Pour les raisons déjà mentionnées, il n'aurait pas été opportun que le Banc se prononce sur des aspects dont il n'a pas été question dans la preuve ou dans les arguments présentés lors du renvoi. Il s'agit donc de savoir s'il était inopportun (la majorité a parlé "d'erreur de droit") que le Banc blâme

M. Marshall.

Il n'y a jamais eu de règle de droit ou de pratique restreignant le droit d'un juge de dire, à l'audience ou dans ses motifs, ce qu'il ou elle estime devoir dire, même s'il ou elle peut décider, pour diverses raisons, de ne pas critiquer d'autres personnes qui mériteraient elles aussi de l'être. On considère cette liberté qu'ont les juges de dire ce qu'ils ou elles pensent comme l'une des caractéristiques de l'indépendance judiciaire et c'est le prix que la société doit payer pour avoir des juges qui ne craignent pas de dire le fond de leur pensée.

Ce droit qu'ont les juges ne les autorise pas à commettre des abus. Premièrement, si les critiques ou les remarques d'un juge dénotent son incapacité de s'acquitter des devoirs de sa charge, il ou elle est alors soumis(e) à une enquête et, s'il y a lieu, il ou elle est révoqué(e). Dans le cas présent, personne n'a laissé entendre que les juges qui ont entendu le renvoi étaient animés d'intentions mauvaises ou répréhensibles, et aucune incapacité quelle qu'elle soit n'a été invoquée, sauf pour ces quelques remarques. Même le procureur de M. Marshall s'est abstenue de faire cette suggestion. Ces hommes sont des juges tout à fait respectables qui ont exercé leurs fonctions avec talent pendant de nombreuses années. Les juges Hart, Macdonald et Jones ont siégé pendant respectivement 22, 20 et 16 ans au sein de la Cour d'appel avant d'être saisis de ce renvoi, et ils ont tous trois continué de le faire pendant sept ans ensuite, sans faire l'objet d'aucune allégation semblable.

Deuxièmement, une fois qu'un jugement est rendu, son contenu est livré, comme il se doit, à l'examen minutieux des autres juges, des membres du

barreau, des universitaires, du public, des médias et des cours de juridiction supérieure, qui ont parfois noté ou critiqué l'emploi de mots immodérés ou peu judicieux. Les juges ne sont pas censés répondre à ces critiques. En règle générale, cet ensemble de restrictions a maintenu les remarques des juges dans les limites de ce qui est raisonnable et convenable, à quelques rares exceptions près.

Dans le cas présent, les juges ont acquitté M. Marshall, mais ils ont aussi estimé important de faire certaines remarques au sujet de sa conduite. Ils ont considéré opportun de souligner qu'il avait tenté de commettre un vol, qu'il avait contribué à sa propre condamnation en omettant de divulguer, même à son procureur, ce qu'il savait au sujet de l'endroit où demeurait le véritable meurtrier, et qu'il avait manqué de franchise lors de son procès et du renvoi.

Je ne doute pas que certains juges n'auraient pas fait ces remarques. Toutefois, comme les juges sont censés pouvoir s'exprimer librement, franchement et carrément à propos de questions qui peuvent avoir de l'importance et concerner l'intérêt public, nous devons alors être très prudents avant d'atténuer ce principe.

À mon humble avis, on n'a relevé aucun principe de droit, ni aucune règle de pratique qui empêchait le Banc de dire ce qu'il estimait devoir dire au sujet de la conduite de M. Marshall, même après qu'il eut décidé de demeurer muette au sujet de la conduite des autres personnes ayant contribué à l'erreur judiciaire dont M. Marshall a été victime. Selon moi, le Banc n'a commis aucune erreur de droit.

VI. LE LANGAGE TENU PAR LE BANC

Il ne fait certainement aucun doute qu'il était inexact et inopportun d'écrire que l'erreur judiciaire dont M. Marshall a été victime était [TRADUCTION] "plus apparente que réelle". Abstraction faite de la peine de mort, il est difficile d'imaginer quelque chose de pire qu'une condamnation erronée pour meurtre suivie d'une période d'incarcération de près de onze ans, conséquence de faux témoignages et d'éléments de preuve supprimés.

Cela dit, et loin de vouloir le minimiser ou l'excuser d'une quelconque façon, je tiens à rappeler que les mots "plus apparente que réelle" ne sont qu'un malheureux écart de langage qui s'est glissé dans un volumineux jugement, autrement inattaquable, et qu'il s'agit du seul faux pas connu de ces juges, dont la longue carrière est par ailleurs irréprochable. S'il existe un principe de proportionnalité, il devrait sûrement jouer en leur faveur. À mon humble avis, l'analyse rétrospective qu'a faite la majorité n'était pas justifiée. Ce ne fut rien d'autre qu'un mauvais choix de mots.

VIII. CONCLUSION

Pour les motifs ci-haut énoncés, je répondrais par la négative à la question du procureur général et je dirais, en me fondant sur la conduite (des juges) que la Commission royale a analysée et commentée dans son rapport, qu'il n'y a pas lieu de recommander la révocation des juges.

En réponse à la deuxième lettre du procureur général, je dirais que la formation qui a entendu le renvoi n'était pas animée de mauvaises intentions.

Respectueusement soumis,

Juge en chef Allan McEachern